

University of Groningen

Eigendomsvoorbehoud

Verheul, Emil Fridolin

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verheul, E. F. (2018). *Eigendomsvoorbehoud*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. Rijksuniversiteit Groningen.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Eigendomsvoorbehoud



rijksuniversiteit
 groningen

Eigendomsvoorbehoud

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus prof. dr. E. Sterken
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 11 januari 2018 om 16.15 uur

door

Emil Fridolin Verheul

geboren op 8 februari 1991
te Groningen



Wolters Kluwer

Deventer – 2018

Promotores

Prof. mr. F.M.J. Verstijlen

Prof. mr. W.H.M. Reehuis

Beoordelingscommissie

Prof. mr. J. Hijma

Prof. mr. A.I.M. van Mierlo

Prof. mr. R.D. Vriesendorp

In het handelsverkeer is rechtvaardigheid in de vorm van wederkerigheid de band die de betrekkingen bijeenhoudt.

(Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Boek V, hoofdstuk 5, § 6)

Voor Femke

De totstandkoming van dit proefschrift is (mede) door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) gefinancierd (projectnummer 406-14-055).

Ontwerp omslag: Fokko-ontwerp, Deventer

ISBN: 978-90-13-14603-5
ISBN: 978-90-13-14745-2 (E-book)
NUR: 822-203

© E.F. Verheul 2018

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: www.wolterskluwer.nl/shop.



Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator

NAVIGATOR

Inhoudsopgave

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

XIII

1	INLEIDING	1
1.1	Introductie van en aanleiding tot het onderzoek	1
1.2	Plan van behandeling	3
1.3	Methode en rechtsvergelijking	4
1.4	Terminologie	6
2	FUNCTIE VAN HET EIGENDOMSVOORBEHOUD	9
2.1	Inleiding	9
2.2	De functionele benadering	9
2.3	De functie van het eigendomsvoorbehoud in de literatuur	12
2.4	Rechtvaardiging voor de wetgever	14
2.5	Het eigendomsvoorbehoud als wederkerigheidsinstrument	17
2.6	Ten behoeve van wie wordt het eigendomsvoorbehoud bedongen?	21
2.7	Het eigendomsvoorbehoud waarborgt de rechten van de verkoper bij ontbinding	23
2.8	Een tussenpositie in de literatuur	28
2.9	De functie van het eigendomsvoorbehoud onder het oude recht	29
2.10	Afschaffing goederenrechtelijke werking ontbinding en eigendomsvoorbehoud	31
2.11	Het verbreed eigendomsvoorbehoud	34
2.12	Het belang bij behoud van de zaak	38
2.13	Conclusie	42
3	RECHTVAARDIGING VOOR DE VOORRANGSPOSITIE	43
3.1	Inleiding	43
3.2	Eigendomsvoorbehoud en voorrang	43
3.3	Rechtvaardiging voor zekerheidsrechten	45
3.4	Het eenvoudig eigendomsvoorbehoud	49
3.4.1	De neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud	51
3.4.2	Het eenvoudig eigendomsvoorbehoud in de Insolvenzordnung	55
3.4.3	Intermezzo: eigendomsvoorbehoud versus bodemrecht	59

3.4.4	Beslechting van het belangenconflict tussen verkoper en bank	63
3.4.5	De supervoorrang van de aanschaffancier in de UCC, UNCITRAL Legislative Guide en DCFR	64
3.4.6	Een supervoorrang voor het aanschaffinancieringspandrecht	72
3.4.7	Tussenconclusie	73
3.5	Verbreed eigendomsvoorbehoud	74
3.5.1	De beperkte rechtvaardiging van het verbreed eigendomsvoorbehoud	79
3.5.1.1	Oneigenlijke vermenging	79
3.5.1.2	Toerekening van betalingen	82
3.5.2	Verbreiding tot overige vorderingen	90
3.5.2.1	Schadevergoedingsvorderingen	90
3.5.2.2	Vorderingen vanwege werkzaamheden	91
3.5.3	Tussenconclusie	92
3.6	Verlengd eigendomsvoorbehoud	93
3.6.1	Verandering van functie na verlenging	94
3.6.2	Het behoud van voorrang met betrekking tot de waarde	97
3.6.3	Het conflict met de kredietverschaffende bank	101
3.6.4	Tussenconclusie	112
3.7	Conclusie	112
4	CONSTRUCTIE VAN HET EIGENDOMSVOORBEHOUD	115
4.1	Inleiding	115
4.2	Het eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde	115
4.3	Voorwaardelijkheid van de titel	117
4.3.1	De opgeschorte werking van een voorwaardelijke titel als obstakel	119
4.3.2	De onmogelijkheid om voor vervulling van de voorwaarde te presteren	124
4.4	Voorwaardelijkheid van de levering	126
4.4.1	Voorwaardelijke leveringshandeling	127
4.4.2	Voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst	130
4.5	Voorwaardelijkheid van de overdracht	131
4.6	Tussenconclusie	134
4.7	Alternatieve constructies	135
4.8	De levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde	136
4.8.1	Ratio van artikel 3:91 BW	137
4.8.2	Intermezzo: de levering in het kader van een eigendomsvoorbehoud onder het Oud BW	138
4.8.3	Mogelijke alternatieven	143
4.8.3.1	Feitelijke overgave	144
4.8.3.2	Bezitsverschaffing onder opschortende voorwaarde	147
4.8.3.3	Verschaffing van voorwaardelijk bezit	149
4.8.3.4	Verschaffing van bezit van het voorwaardelijk eigendomsrecht	152

4.8.4	De wijze waarop machtsverschaffing plaatsvindt	153
4.9	Conclusie	157
5	UITOEFENING VAN HET EIGENDOMSVOORBEHOUD	159
5.1	Inleiding	159
5.2	Ontbinding als voorwaarde voor uitoefening	160
5.3	Geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud	164
5.4	Wanneer leidt uitoefening van het eigendomsvoorbehoud tot ontbinding?	166
5.5	Intermezzo: de verplichting tot eigendomsverschaffing	169
5.6	Executie als wijze van uitoefening?	172
5.7	Alternativiteit als wezenskenmerk van het eigendomsvoorbehoud	179
5.8	Afdracht van overwaarde bij ontbinding	179
5.8.1	Terugbetaling van het reeds betaalde gedeelte van de koopprijs	180
5.8.2	Overwaarde als gevolg van waardestijging	183
5.9	Eigendomsvoorbehoud en verjaring	186
5.10	Conclusie	194
6	VERBREED EIGENDOMSVOORBEHOUD	197
6.1	Inleiding	197
6.2	Afbakening ten opzichte van het eenvoudig eigendomsvoorbehoud	198
6.3	Krediet eigendomsvoorbehoud	200
6.3.1	Toelaatbaarheid	200
6.3.2	Omvang eigendomsvoorbehoud	203
6.3.3	Het einde van een krediet eigendomsvoorbehoud	206
6.4	Verdere ‘verbreding’ door middel van een imputatiebeding?	208
6.5	Verbreed eigendomsvoorbehoud en ontbinding	210
6.5.1	De mogelijkheid om tot ontbinding over te gaan	211
6.5.2	Is een alternatieve benadering aangewezen?	212
6.6	Afdracht van overwaarde bij uitoefening van een verbreed eigendomsvoorbehoud	219
6.7	Conclusie	221
7	POSITIE VAN DE VERKOPER	223
7.1	Inleiding	223
7.2	Zaaksvorming	223
7.2.1	De beslissende criteria voor eigendomstoewijzing	225
7.2.2	Eigendomstoewijzing in het licht van de functie van het eigendomsvoorbehoud	227
7.2.3	Mogelijkheid van derivatieve eigendomsverkrijging	230
7.2.4	Verkrijging van vervangende zekerheid	231

7.3	Verlengd eigendomsvoorbehoud	232
7.3.1	Stand van zaken	232
7.3.2	Pleidooi voor wettelijke verankering	234
7.3.2.1	Grondslag voor het prioriteitsbeginsel en de werking van artikel 3:97 lid 2 BW	235
7.3.2.2	Grondslag voor de voorrang van de verkoper	237
7.3.2.3	Nadere uitwerking	239
7.3.3	Een bijzonder geval: verzekeringspenningen	244
7.4	Oneigenlijke vermenging	248
7.4.1	De betrokken goederenrechtelijke beginselen	249
7.4.2	De twee dimensies van oneigenlijke vermenging	252
7.4.2.1	Onduidelijkheid over het bestaan van het eigendomsrecht	252
7.4.2.2	Onduidelijkheid over de zaak waarop het eigendomsrecht betrekking heeft	257
7.5	Bestanddeelvorming	262
7.6	Natrekking	267
7.7	Conclusie	270
8	POSITIE KOPER	273
8.1	Inleiding	273
8.2	Kwalificatie rechtspositie koper in het licht van de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde	274
8.2.1	De opgeschorte werking van een rechtshandeling	275
8.2.2	De derdenwerking van de voorwaardelijke beschikking	277
8.2.3	De beschermde rechtspositie van de koper	279
8.2.4	De beperking van het eigendomsrecht van de verkoper	280
8.2.5	De betekenis van artikel 3:84 lid 4 BW	281
8.2.6	Nadere uitwerking	290
8.2.7	Rechtsvergelijkende opmerkingen	293
8.2.8	De situatie bij een voorwaardelijke making	297
8.3	Bezwaren tegen de hier verdedigde opvatting	298
8.3.1	Inbreuk op de oneindigheid van het eigendomsrecht	298
8.3.2	De onmogelijkheid van splitsing van eigendom	302
8.3.3	Strijd met de numerus clausus	305
8.3.4	‘Ondersplitsing’ als probleem?	308
8.4	Kwalificatie eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde	309
8.4.1	Goederenrechtelijk recht	310
8.4.2	Een recht zonder werking	312
8.4.3	Gemeenschappelijk toebehoren?	315
8.4.4	Een wilsrecht?	315
8.4.5	Een causaal recht bij eigendomsvoorbehoud	316
8.5	Verhouding tot het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde	321
8.5.1	Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid	321
8.5.2	Beperkte rechten die rusten op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde	326

8.5.3	Gerechtigdheid tot de vruchten	328
8.5.4	Gerechtigdheid tot schadevergoedingsvorderingen jegens derden	332
8.6	Varia	339
8.6.1	Bevoegdheden jegens derden	340
8.6.2	Verkrijging door verjaring	343
8.7	Consequenties voor de positie van de verkoper	344
8.8	Tussenconclusie	346
8.9	Beschikken over eigendom onder opschortende voorwaarde	347
8.9.1	Overdraagbaarheid	349
8.9.2	Wijze van levering	352
8.9.3	Rechtsgevolgen van overdracht	358
8.9.4	Derdenbeschermingsperikelen	361
8.9.5	De rechtsverhouding tussen de verkoper en de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht	365
8.9.6	De invloed van de verkoper en de koper op de stabiliteit van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde	369
8.10	De uiteindelijke eigendomsverkrijging door de eigenaar onder opschortende voorwaarde	373
8.10.1	Het uitgroeien van het eigendomsrecht	373
8.10.2	Gevolgen voor op het voorwaardelijk eigendomsrecht gevestigde beperkte rechten	379
8.10.3	De bezitsverkrijging bij de eigendomsverkrijging	380
8.11	De machtsrelatie van de koper met betrekking tot de zaak	381
8.12	Beschikkingsbevoegdheid over de zaak	389
8.12.1	Alternatieve opschortende voorwaarde	391
8.12.2	Contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid	393
8.13	Conclusie	401
9	EIGENDOMSVOORBEHOUD BIJ FINANCIERING DOOR EEN DERDE	403
9.1	Inleiding	403
9.2	Denkbare toepassingen	404
9.3	Vorbehouden eigendom als afhankelijk recht	406
9.4	Een bijzonder geval: eigendomsvoorbehoud en subrogatie	409
9.5	Overdracht van de vorbehouden eigendom en art. 3:84 lid 3 BW	413
9.6	Positie van de koper na overdracht vorbehouden eigendom	421
9.7	Uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door de cessionaris	424
9.8	Conclusie	431
	SAMENVATTING EN CONCLUSIES	433
	SUMMARY	439
	ZUSAMMENFASSUNG	445
	RECHTSPRAAKREGISTER	451

TREFWOORDENREGISTER	459
LITERATUURLIJST	467
CURRICULUM VITAE	515

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
ABGB	<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>
AcP	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
A-G	advocaat-generaal
ALJ	<i>Austrian Law Journal</i>
ALR	<i>American Law Reports</i>
Anh.	<i>Anhang</i>
ArchBR	<i>Archiv für bürgerliches Recht</i>
art.	artikel
BauR	<i>baurecht</i>
Bb	Bedrijfsjuridische Berichten
BB	<i>Betriebs-Berater</i>
bbl	<i>baurechtliche blätter</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BR	Bouwrecht
B.R.	<i>Bankruptcy Reporter</i>
BR-Drucks.	<i>Bundesratsdrucksache</i>
BT-Drucks.	<i>Bundestagsdrucksache</i>
BW	Burgerlijk Wetboek
c.p.	<i>constitutum possessorium</i>
DB	<i>Der Betrieb</i>
DCFR	Draft Common Frame of Reference
diss.	dissertatie
E.R.	<i>All England Law Reports</i>
ff	<i>(und) folgende (Seiten)</i>
Fw	Faillissementswet
F.2d	<i>Federal Reporter, Second Series</i>
GrOM	Groninger Opmerkingen en Mededelingen
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i>
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
InsO	<i>Insolvenzordnung</i>
IW	Invorderingswet 1990

JBl.	<i>Juristische Blätter</i>
<i>Jhb. f. Dogm.</i>	<i>Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts</i>
JherJb.	<i>Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts</i>
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
JuS	<i>Juristische Schulung</i>
JW	<i>Juristische Wochenschrift</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
KrVSchr	<i>Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft</i>
KTS	<i>Zeitschrift für Insolvenzrecht</i>
KwNBW	Kwartaalbericht Nieuw BW
LG	<i>Landesgericht</i>
L.v.Ant.	lijst van antwoorden
MDR	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
m.nt.	met noot
M.v.A.	memorie van antwoord
M.v.T.	memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NbBW	Nieuwsbrief BW
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NJW-RR	<i>NJW-Rechtsprechungsreport</i>
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTHR	Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
N.v.W.	nota van wijziging
NZI	<i>Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht</i>
ÖBA	<i>Österreichisches BankArchiv</i>
OGH	<i>Oberster Gerichtshof</i>
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
OM	Ontwerp-Meijers
Or.	<i>Oregon Reports</i>
ÖJZ	<i>Österreichische Juristenzeitung</i>
PMSI	<i>purchase money security interest</i>
QuHGZ	<i>Quartalshefte der Girozentrale</i>
Rb.	rechtbank
RdW	<i>Recht der Wirtschaft</i>
RG	<i>Reichsgericht</i>
RGZ	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</i>
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn.	<i>Randnummer</i>
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RW	Rechtskundig Weekblad

SZ	<i>Sammlung Zivilsachen</i>
T.M.	Toelichting-Meijers
TvAR	Tijdschrift voor Agrarisch Recht
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvP	Tijdschrift voor Privaatrecht
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
U.S.	<i>United States Reports</i>
V.C.	vaste commissie voor Justitie
Vorbem.	<i>Vorbemerkung(en)</i>
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
V.V.	voorlopig verslag
VVG	<i>Versicherungsvertragsgesetz</i>
W.	Weekblad van het Regt
WvK	Wetboek van Koophandel
WM	<i>Wertpapier-Mitteilungen</i>
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvhN	Weekblad voor het Notariaat
ZAkDR	<i>Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht</i>
ZfdgK	<i>Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen</i>
ZHR	<i>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht</i>
ZInsO	<i>Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht</i>
ZIP	<i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>
ZZP	<i>Zeitschrift für Zivilprozess</i>

1 | Inleiding

1.1 Introductie van en aanleiding tot het onderzoek

Het rechtsverkeer met betrekking tot roerende zaken is een ‘massaal gebeuren’.¹ Dagelijks worden talloze koopovereenkomsten gesloten, op grond waarvan vele zaken van eigenaar wisselen. Bij een zodanig massaal gebeuren is het van groot belang dat de afwikkeling van dergelijke koopovereenkomsten voor beide partijen met zo min mogelijk risico’s gepaard gaat. Voor de verkoper betekent dit in het bijzonder dat hij zijn eigendomsrecht slechts wil verliezen indien en zodra de koper de verschuldigde koopprijs aan hem voldoet. Omgekeerd wenst de koper de koopprijs pas te voldoen op het moment dat hij ook eigenaar wordt van de verkochte zaak. Indien partijen elkaar fysiek treffen, zoals in een winkel, kan aan deze belangen eenvoudig worden tegemoetgekomen door middel van een gelijktijdige uitwisseling van de verkochte zaak en de verschuldigde koopprijs.

In veel gevallen komt het echter niet tot een gelijktijdige uitwisseling van de wederzijdse contractuele prestaties. Wanneer de verkoper en de koper elkaar niet fysiek treffen om de koopovereenkomst tot uitvoering te brengen, loopt de voldoening van de verschillende contractuele verplichtingen veelal niet parallel. In een zodanig geval zal een van beide partijen als eerste dienen te presteren. Ook voorstelbaar is dat gelijktijdige uitwisseling van de wederzijdse prestaties weliswaar mogelijk is, maar partijen desondanks iets anders overeenkomen. In het bijzonder doet zich dit voor indien de koper niet in staat is om de (volledige) koopprijs meteen aan de verkoper te voldoen. In een dergelijk geval wordt door de verkoper dikwijls een krediet verschaft aan de koper, door uitstel van betaling te verlenen. Men pleegt te spreken van leveranciers- of goederenkrediet, in tegenstelling tot het (veelal door banken verschaft) geldkrediet.

Indien de verkoper zich ondanks de kredietverschaffing verplicht tot het terstond overdragen van de verkochte zaak, loopt hij het risico dat hij zijn eigendom verliest en niet de verschuldigde koopprijs ontvangt, als de koper ook later niet in staat blijkt de koopprijs te voldoen. Indien partijen daarentegen overeenkomen dat de koper eerst de verschuldigde koopprijs volledig dient te voldoen, alvorens de verkoper de verkochte zaak overdraagt, loopt de koper het risico dat hij de koopprijs heeft voldaan, maar de verkoper niet in staat blijkt hem de verkochte zaak over te dragen. Aan beide varianten kleeft derhalve een nadeel.

¹ M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 384.

De in dit proefschrift centraal staande figuur van het eigendomsvoorbehoud komt op ogenschijnlijk eenvoudige wijze tegemoet aan deze nadelen. Het eigendomsvoorbehoud bewerkstelligt namelijk niet alleen dat de verkoper eigenaar blijft totdat de koper de verschuldigde koopprijs heeft voldaan, maar heeft tegelijkertijd ook tot gevolg dat de koper terstond en zonder meer eigenaar wordt van de verkochte zaak zodra hij de verschuldigde koopprijs voldoet.² Deze doelstelling wordt bereikt doordat de wet een door partijen overeengekomen eigendomsvoorbehoud – behoudens een afwijkende vormgeving – beschouwt als een overdracht onder opschortende voorwaarde van voldoening van de door de koper verschuldigde tegenprestatie (art. 3:92 lid 1 BW). Daardoor vindt terstond een overdracht plaats, maar heeft de overdracht, vanwege de opschortende voorwaarde, pas effect – dat wil zeggen: eigendomsovergang tot gevolg – zodra de koper de verschuldigde prestatie volledig heeft voldaan.

Het eigendomsvoorbehoud bevredigt daarmee ogenschijnlijk het rechtsgevoel: het beding bewerkstelligt dat geen van beide partijen het risico loopt met lege handen achter te blijven indien de wederpartij niet in staat blijkt de op haar rustende verplichting na te komen. Bovendien wordt bij uitstek uitdrukking gegeven aan het wederkerige karakter van de koopovereenkomst: door het beding komt naar voren dat elke partij een verbintenis op zich neemt teneinde de prestatie te verkrijgen waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar heeft verbonden (art. 6:261 BW). Ondanks het feit dat het eigendomsvoorbehoud hierdoor het wederkerige karakter van de koopovereenkomst benadrukt en beide partijen aldus grotendeels vrijwaart van het insolventierisico van de wederpartij, is de figuur van het eigendomsvoorbehoud in het Nederlandse recht echter niet onomstreden. Dat heeft een tweetal redenen.

De eerste reden houdt verband met het fiduciaverbod. Op grond van artikel 3:84 lid 3 BW vormt een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid geen geldige titel voor overdracht van dat goed. Aan de bepaling ligt – kort gezegd – ten grondslag dat de overdracht van het meest omvattende recht (het eigendomsrecht) niet mag worden ingezet teneinde daarmee slechts zekerheidsdoeleinden na te streven, omdat dergelijke ‘zekerheids-eigendom’ leidt tot een oneigenlijke en onwenselijke figuur.³ Met de introductie van het fiduciaverbod bij de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht per 1 januari 1992 is ook het bestaansrecht van het eigendomsvoorbehoud in de literatuur in twijfel getrokken. Volgens sommigen heeft het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud in feite tot gevolg dat de verkoper een vorm van zekerheidseigendom verkrijgt, omdat het eigendomsrecht vanaf dat moment nog slechts zekerheid biedt voor de voldoening van de koopprijs.⁴ Op grond van deze constatering wordt door sommigen afschaffing van het eigendomsvoorbehoud bepleit, terwijl anderen betogen dat (sommige van) de voor pandrecht geschreven bepalingen analoog zouden moeten worden toegepast en weer anderen laten het bij een signalering van het zekerheidskarakter van het eigendomsvoorbehoud.

² Zie over het belang van het beding voor beide partijen, hierna in hoofdstuk 2, paragraaf 2.6.

³ Zie hierna in hoofdstuk 9, paragraaf 9.5.

⁴ Zie hierna in hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.

De tweede reden heeft te maken met de constructie van het eigendomsvoorbehoud. Het beding leidt tot een terstond – dat wil zeggen: reeds vóór betaling van de verschuldigde koopprijs – plaatsvindende overdracht van de verkochte zaak, zij het onder opschortende voorwaarde van voldoening van de verschuldigde tegenprestatie (art. 3:92 lid 1 BW). Tussen het moment van totstandkoming van deze voorwaardelijke overdracht en ofwel de betaling van de koopprijs door de koper ofwel de definitieve niet-nakoming door de koper, bestaat een periode van onzekerheid. De verkoper blijft vooralsnog eigenaar, maar verliest dit eigendomsrecht van rechtswege indien de koper de verschuldigde prestatie voldoet. De koper is nog geen eigenaar, maar wordt wel automatisch eigenaar als hij de verschuldigde prestatie voldoet. Het al dan niet toebehoren van het (volledige) eigendomsrecht aan de verkoper of de koper is daarmee afhankelijk van de toekomstige gebeurtenis, die nog onzeker is: de betaling van de koopprijs door de koper. Hierdoor ontstaan volgens sommige auteurs niet alleen ingewikkelde, maar ook onwenselijke verhoudingen in de tussenliggende periode. Vanwege deze ingewikkelde en onwenselijke verhoudingen wordt door een aantal auteurs voorgesteld het eigendomsvoorbehoud volledig in de ban te doen.⁵

Dit proefschrift beoogt het bestaansrecht van het eigendomsvoorbehoud en de plaats van het eigendomsvoorbehoud binnen het systeem van het vermogensrecht te onderzoeken, tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde knelpunten: de verhouding van het eigendomsvoorbehoud tot het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW en de gevolgen van de voorwaardelijke overdracht voor de positie van partijen gedurende de periode van onzekerheid en de inpassing daarvan in het systeem van het vermogensrecht. Het onderzoek strekt ertoe nader inzicht te verschaffen in de werking en de functie van het eigendomsvoorbehoud. Daarmee heeft het geenszins uitsluitend theoretisch of wetenschappelijk belang. Teneinde de plaats te bepalen van het eigendomsvoorbehoud binnen het systeem van het vermogensrecht is het namelijk noodzakelijk allereerst goed inzicht te krijgen in de werking en functie van het eigendomsvoorbehoud. Daarvoor is het noodzakelijk een antwoord te formuleren op vele voor de praktijk belangrijke kwesties met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud. De rode draad van het betoog vormt weliswaar de inpassing van het eigendomsvoorbehoud in het wettelijk systeem, maar dat geschiedt aan de hand van vele concrete problemen rond het eigendomsvoorbehoud.

1.2 Plan van behandeling

Dit proefschrift bestaat uit acht inhoudelijke hoofdstukken, voorafgegaan door deze inleiding en gevolgd door een conclusie. In hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 staan de argumenten van de wetgever centraal voor het bestaansrecht van het eigendomsvoorbehoud. In hoofdstuk 2 wordt aandacht besteed aan de functie van het eigendomsvoorbehoud en in hoofdstuk 3 staat de voorrangpositie die het eigendomsvoorbehoud aan de verkoper verschaft centraal. De hoofdstukken 5, 6, 7 en 9 vormen een uitwerking van deze twee hoofdstukken toegesneden op specifieke

⁵ Zwolve 2006, p. 201-202, Struycken 2007, p. 568-569 en Wibier 2016, p. 209-215.

aspecten van het eigendomsvoorbehoud: de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en de verhouding tot de koopovereenkomst, het bedingen van het eigendomsvoorbehoud voor andere vorderingen dan de koopprijs, de positie van de verkoper in geval van een aantal veelvoorkomende bedreigingen van het eigendomsvoorbehoud en de functie en werking van het eigendomsvoorbehoud bij financiering door een ander dan de verkoper.

In de hoofdstukken 4 en 8 wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de constructie van het eigendomsvoorbehoud als voorwaardelijke overdracht. In hoofdstuk 4 staat de vraag centraal op welke wijze deze voorwaardelijke overdracht is geconstrueerd binnen het stelsel van overdracht en wordt aandacht besteed aan de specifieke op de overdracht onder opschortende voorwaarde toegesneden leveringsbepaling (art. 3:91 BW). In hoofdstuk 8 wordt onderzocht wat de gevolgen van deze voorwaardelijke overdracht zijn voor de positie van (met name) de koper gedurende de periode van onzekerheid en hoe deze positie valt in te passen in het systeem van het vermogensrecht. Aangezien de positie van de koper en de verkoper gedurende de periode van onzekerheid de werking van het eigendomsvoorbehoud in belangrijke mate bepaalt, komen deelaspecten hiervan ook verspreid in andere hoofdstukken aan de orde.

1.3 Methode en rechtsvergelijking

Het onderzoek vindt plaats aan de hand van de zogenoemde juridisch-dogmatische onderzoeksmethode.⁶ Aan de hand van de wet, de aan de wet ten grondslag liggende beginselen, de parlementaire geschiedenis, literatuur en rechtspraak wordt het positieve recht geanalyseerd. Centraal staat daarbij de consistentie en coherentie van het systeem van het vermogensrecht,⁷ zoals ook uit het hierboven geformuleerde onderzoeksdoel blijkt: hoe verhoudt het eigendomsvoorbehoud zich tot andere regels, leerstukken en beginselen die aan het geldende recht ten grondslag liggen?

Bij het onderzoek wordt geregeld gebruikgemaakt van rechtsvergelijkende inzichten. Een belangrijk doel van deze rechtsvergelijking is gelegen in het blootleggen van argumenten,⁸ die in de Nederlandse literatuur niet of in mindere mate voorkomen, maar voor het Nederlandse recht wel van belang kunnen zijn. De rechtsvergelijking staat derhalve altijd ten dienste van de interpretatie en vaststelling van het Nederlandse recht. Daarnaast kan uit de rechtsvergelijking blijken hoe andere keuzes in de praktijk werken, zodat zij een inspiratie kunnen bieden voor wenselijk recht. Bij de rechtsvergelijking is gekozen voor een opzet waarbij de verschillende rechtsstelsels zoveel mogelijk geïntegreerd en doorlopend worden behandeld. Dikwijls worden derhalve argumenten uit de Nederlandse literatuur of rechtspraak afgezet tegen argumenten uit de buitenlandse literatuur of rechtspraak. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat vanwege het argumentatieve karakter van de rechtswetenschap, dergelijke uit de rechtsvergelijking gewonnen

6 Zie daarover – met verdere verwijzingen – Smits 2009, p. 31 e.v. en Asser/Vranken, *Algemeen deel* **** 2014, nr. 8 e.v.

7 P.C. Westerman & M.H. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap', *NJB* 2008, p. 503-507 en Smits 2009, p. 36-41.

8 Zie Smits 2009, p. 114-119.

argumenten en inzichten een even groot gewicht hebben als Nederlandse argumenten, voor zover het buitenlandse rechtstelsel op dat punt niet afwijkt van het Nederlandse recht. Indien dat wel het geval is, is gekozen voor een afzonderlijke bespreking.

Gekozen is voor een vergelijking met het Duitse en het Oostenrijkse recht. Wat betreft het goederenrecht is het Duitse recht voor de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van het Nieuw BW een belangrijke inspiratiebron geweest. Voor de regeling van het eigendomsvoorbehoud geldt dat in het bijzonder: men hoeft daarvoor slechts de tekst van artikel 3:92 BW met de tekst van § 455 BGB (oud) te vergelijken. Ook in de parlementaire geschiedenis van het eigendomsvoorbehoud wordt vrijwel uitsluitend verwezen naar en steun gevonden in het Duitse recht.⁹ Bovendien is sprake van een goed ontwikkelde doctrine met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud.

Tussen het Nederlandse en het Duitse (goederen)recht bestaan ook belangrijke verschillen. Een prominent verschil is dat het Duitse recht een abstract stelsel van eigendomsoverdracht kent, terwijl het Nederlandse recht uitgaat van een causaal stelsel. Toch is dit verschil op het gebied van het eigendomsvoorbehoud nauwelijks van belang. Omdat de constructie van het eigendomsvoorbehoud – door middel van de opschortende voorwaarde – ook in Duitsland leidt tot een verstrengeling van de voor overdracht vereiste wilsovereenstemming (*Einigung*) en de tussen verkoper en koper gesloten koopovereenkomst, is bij het eigendomsvoorbehoud per saldo sprake van een doorbreking van het *Abstraktionsprinzip*, althans worden per saldo resultaten bereikt die overeenstemmen met een causaal stelsel van overdracht.¹⁰ Een tweede duidelijk verschil is dat het Duitse recht zekerheidseigendom toelaatbaar acht, terwijl het Nederlandse recht deze figuur met artikel 3:84 lid 3 BW heeft willen uitbannen. Desalniettemin kan de vergelijking met het Duitse recht op dit punt wel degelijk nuttig zijn. Aangezien de Duitse zekerheidseigendom andere rechtsgevolgen heeft dan ‘gewone’ eigendom, is voor het Duitse recht net zozeer van belang om een onderscheid te maken tussen deze beide eigendomsfiguren. Uitsluitend het rechtsgevolg is anders: overschrijding van de grens tussen gewone eigendom en zekerheidseigendom heeft naar Nederlands recht ongeldigheid van de overdrachtstitel (art. 3:84 lid 3 BW) tot gevolg, terwijl naar Duits recht enkel andere, aanvullende regels van toepassing zijn.

Het Oostenrijkse recht bleek buitengewoon geschikt voor rechtsvergelijking, doordat het in vele opzichten op het Nederlandse stelsel van goederenrecht lijkt. Zo kent het Oostenrijkse recht ook een causaal stelsel van overdracht. Bovendien verbiedt het Oostenrijkse recht de overdracht tot zekerheid, voor zover zij niet gepaard gaat met het uit de macht brengen van de over te dragen zaak. Hoewel dit verbod, anders dan het Nederlandse fiduciaverbod, is ingegeven door publiciteitsoverwegingen, bewerkstelligt het Oostenrijkse recht daarmee per saldo een met het Nederlandse fiduciaverbod vergelijkbaar regime met betrekking tot zaken

⁹ Zie M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 389-390 en M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1241.

¹⁰ Zie nader hoofdstuk 8, paragraaf 8.4.5.

die zich in de macht van de schuldenaar c.q. koper bevinden, waardoor de vergelijking met het Oostenrijkse recht nuttig is voor de afbakening tussen eigendomsvoorbehoud en zekerheidseigendom. Ook de Oostenrijkse systematiek van voorwaardelijke beschikkingen vertoont grote gelijkenissen met het Nederlandse recht.

Ook, maar in mindere mate, wordt aandacht besteed aan het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Op bepaalde punten bood het DCFR nadere inzichten, maar bij meer diepgravende kwesties bleek veelal dat het DCFR en de daarbij behorende toelichting niet verder hielpen. Tot slot is in hoofdstuk 2 en 3 ook bescheiden aandacht besteed aan de *Uniform Commercial Code* van de Verenigde Staten, omdat deze regeling (en met name de zogenoemde functionele benadering) in de literatuur soms als voorbeeld wordt aangeprezen voor het wenselijke Nederlandse recht en omdat de UCC en de Amerikaanse literatuur veel interessante rechtseconomische inzichten verschaffen, die in de Nederlandse, Duitse en Oostenrijkse literatuur veelal ontbreken.

Geen aandacht wordt besteed aan het eigendomsvoorbehoud zoals dat is neergelegd in artikel 9 van de Richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties (Richtlijn 2011/7/EU), als opvolger van artikel 4 van de gelijkkluidende Richtlijn uit 2000 (Richtlijn 2000/35/EG). Niet alleen bepaalt de Richtlijn niet meer dan dat de lidstaten moeten zorgdragen dat de verkoper eigenaar blijft totdat de koopprijs is betaald, indien tussen verkoper en koper een eigendomsvoorbehoud is overeengekomen, ook is de strekking van de bepaling door het Hof van Justitie nog verder gereduceerd door te overwegen dat de bepaling niet verder strekt dan de interne verhouding tussen verkoper en koper te regelen en het de lidstaten dus vrijstaat om de eventuele tegenwerpbaarheid aan derden nader te regelen of aan banden te leggen.¹¹

1.4 Terminologie

Dit proefschrift behandelt het eigendomsvoorbehoud met betrekking tot roerende zaken, niet-registergoederen. Korthedshalve wordt in het navolgende gesproken van roerende zaken. Hoewel het bedingen van een eigendomsvoorbehoud niet beperkt is tot dergelijke goederen,¹² komt het eigendomsvoorbehoud in de praktijk vooral ten aanzien van roerende zaken voor.

Om vergelijkbare redenen wordt toegespitst op het beding van een eigendomsvoorbehoud in een koopovereenkomst. De betrokkenen bij een eigendomsvoorbehoud worden in dit proefschrift kortweg als verkoper en koper aangeduid. In gevallen van doorverkoop wordt de degene aan wie de koper de verkochte zaak doorverkoopt aangemerkt als afnemer, terwijl de koper in een zodanig geval ook wel als wederverkoper wordt aangeduid.

11 HvJEG 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:683 (*Commissie/Italië*), rov. 28-30. Zie voor deze interpretatie reeds E.-M. Kieninger, 'Der Eigentumsvorbehalt in der Verzugsrichtlinie – Chronik einer verpaßten Chance', in: J. Basedow, *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 151-166. Zie voorts met verdere verwijzingen F.M.J. Verstijlen & J.G. Knot, 'Het internationale eigendomsvoorbehoud in Nederland', in: F.J.L. Kaptein e.a. (red.), *Het internationale eigendomsvoorbehoud*, Deventer: Kluwer 2015, p. 9-12.

12 M.v.A. II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 389 en Reehuis 2013, nr. 12.

In dit proefschrift wordt een onderscheid gemaakt tussen een eenvoudig, verbreed en verlengd eigendomsvoorbehoud. Van een eenvoudig eigendomsvoorbehoud wordt gesproken indien de eigendom wordt voorbehouden totdat de koper de verschuldigde tegenprestatie heeft voldaan. Tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven, wordt ervan uitgegaan dat de verschuldigde tegenprestatie de betaling van de koopprijs betreft. Is het eigendomsvoorbehoud daarentegen ook bedongen voor andere vorderingen dan de koopprijs, wordt gesproken van een eigendomsvoorbehoud dat is verbreed tot andere vorderingen. Er is sprake van een horizontale uitstrekking van het eigendomsvoorbehoud. Van een verlengd eigendomsvoorbehoud wordt gesproken indien het eigendomsvoorbehoud niet wordt uitgebreid in horizontale richting – ten aanzien van de vorderingen – maar in verticale richting, namelijk ten aanzien van het voorwerp. Van een verlengd eigendomsvoorbehoud is derhalve sprake indien het eigendomsvoorbehoud niet slechts betrekking heeft op de verkochte zaak, maar tevens op datgene wat daarvoor in de plaats treedt, zoals een doorverkoopvordering of nieuw gevormde zaak.

2 | Functie van het eigendomsvoorbehoud

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de functie van het eigendomsvoorbehoud centraal. Daarbij wordt toegespitst op de vraag waarom de verkoper belang heeft bij behoud van de eigendom van de zaak en in hoeverre het eigendomsvoorbehoud een met het pandrecht vergelijkbare functie heeft. Daartoe wordt allereerst aandacht besteed aan de zogenoemde functionele benadering, waarvoor in de Nederlandse literatuur steeds meer belangstelling lijkt te zijn (paragraaf 2.2). Vervolgens wordt uiteengezet wat de gangbare benadering is van het eigendomsvoorbehoud in de literatuur (paragraaf 2.3). In het vervolg van het hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de rechtvaardiging en de functie van het eigendomsvoorbehoud volgens de wetgever (paragraaf 2.4) en wordt naar aanleiding daarvan een eigen standpunt ontwikkeld en onderbouwd met betrekking tot de functie van het eigendomsvoorbehoud (paragraaf 2.5-2.7). Dat standpunt wordt afgezet tegen een tussenpositie in de literatuur (paragraaf 2.8) en de functie van het eigendomsvoorbehoud onder het oude recht in verband met de goederenrechtelijke werking van de ontbinding (paragraaf 2.9-2.10). Tot slot wordt onderzocht in hoeverre de invoering van de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te verbreden tot andere vorderingen een verandering heeft gebracht in de functie van het eigendomsvoorbehoud en de rechtvaardiging van de wetgever (paragraaf 2.11).

Bij dit alles staat steeds de vraag centraal in hoeverre het eigendomsvoorbehoud een zekerheidskarakter heeft en hoe het eigendomsvoorbehoud zich verhoudt tot het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW.

2.2 De functionele benadering

Tegenwoordig bestaat veel belangstelling voor de zogenoemde functionele benadering van rechtsfiguren met een zekerheidskarakter, in welk verband veelal ook het eigendomsvoorbehoud wordt besproken.¹ Kort gezegd houdt deze benadering in dat de inhoud van een bepaald recht en de rechtsgevolgen die aan het desbetreffende recht zijn verbonden, niet zozeer moeten worden bepaald door de juridische constructie of vormgeving van dat recht, maar veeleer door de functie

¹ Zie bijv. Kortmann 2014, p. 227-239 naar aanleiding van de Belgische herziening van het zekerhedenrecht, waarbij deze functionele benadering een belangrijke rol heeft gespeeld. Zie *Parl. St. Kamer* 2012-2013, 53-2463/001, p. 10.

die het recht in maatschappelijk of economisch opzicht vervult. Een kernpunt van deze benadering is dat rechten die wat betreft functie identiek zijn of veel gelijkenis vertonen, op een vergelijkbare wijze dienen te worden behandeld, ook als zij wat betreft hun juridische structuur of constructie (sterk) van elkaar verschillen.²

Een voorbeeld van deze functionele benadering is de manier waarop de Amerikaanse *Uniform Commercial Code* (UCC) het eigendomsvoorbehoud behandelt. Aan *Article 9*, dat de regels voor *Secured Transactions* bevat, ligt de functionele benadering ten grondslag. Zo bepaalt § 9-109 (a) (1) UCC dat de regels van *Article 9* van toepassing zijn op ‘a transaction, regardless of its form, that creates a security interest in personal property’ (curs. toegevoegd). Aan de vorm waarin een bepaalde (zekerheids)transactie is gegoten komt derhalve geen doorslaggevende betekenis toe. Voor het eigendomsvoorbehoud heeft deze functionele benadering tot gevolg dat het eigendomsvoorbehoud in de UCC wordt beschouwd als een zekerheidsrecht. De omstandigheid dat de verkoper met een eigendomsvoorbehoud de eigendom voorbehoudt en beoogt dat de zaak dus nog niet tot het vermogen van de koper gaat behoren, doet niet ter zake, omdat aan de omstandigheid dat de verkoper eigenaar zou zijn gebleven geen betekenis wordt toegekend.³ Daarmee blijkt duidelijk dat over de juridische constructie wordt heengestapt: ook al beoogt de verkoper zijn eigendomsrecht te behouden, zijn positie is niets anders dan die van een zekerheidsgerechtigde. Een eventueel beding op grond waarvan de verkoper de eigendom voorbehoudt, wordt ‘omgekat’ tot het voorbehouden van een zekerheidsrecht in de verkochte zaak, zoals blijkt uit § 2-401 (1) UCC:

‘Any retention or reservation by the seller of the title (property) in goods shipped or delivered to the buyer is limited in effect to a reservation of a security interest.’

De positie van de onbetaald gebleven verkoper wordt daardoor beperkt tot die van een zekerheidsgerechtigde: hij is geen eigenaar meer, maar heeft een *purchase money security interest* (§ 9-103 UCC).

Een andere consequentie van de functionele benadering is dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen het geval dat de verkoper de aanschaf van een zaak financiert door genoeg te nemen met uitgestelde betaling en het geval dat de aanschaf van de zaak wordt gefinancierd door een derde die de middelen verschaft om de zaak aan te schaffen. Beide kunnen aanspraak maken op de voordelen die zijn verbonden aan de kwalificatie van een zekerheidsrecht als *purchase money security interest*.⁴ Ook daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat rechtsfiguren die hetzelfde doel nastreven, ondanks een verschil in juridische constructie, zoveel mogelijk aan dezelfde regels moeten worden onderworpen.

2 Zie over deze benadering – die dikwijls wordt samengevat als *substance over form* – vanuit Nederlands perspectief bijv. Struycken 1996a, p. 337-356 en Van den Heuvel 2004, p. 192-193.

3 Zie kernachtig *Evans Products Co. v. Jorgensen*, 245 Or. 362 (1966): ‘Under the UCC, “title” is not the talisman.’ Zie uitvoerig W.L. Tabac, ‘The Unbearable Lightness of Title Under the Uniform Commercial Code’, *Maryland Law Review* 1991, p. 408-445.

4 Het gaat bij die voordelen in het bijzonder om de *superpriority* die is verbonden aan een dergelijk zekerheidsrecht. Zie daarover uitvoerig in hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.5.

Een vergelijkbare benadering ligt ten grondslag aan de *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, die sterk is beïnvloed door de UCC. In dit model voor eventuele wetgeving staat ook de ‘functional equivalence’ voorop van zekerheidsrechten, waardoor rechten die een vergelijkbare functie vervullen ook vergelijkbaar worden behandeld.⁵ Aan de landen die het model willen omzetten in wetgeving wordt met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud een keuze gelaten tussen de zogenoemde *unitary* of *non-unitary approach*. Beslissend is daarbij in hoeverre een rechtsorde onderscheid wenst te maken tussen het geval dat de verkoper krediet verschaft of dat een derde het krediet verschaft. De *unitary approach* laat zich vergelijken met de benadering in de UCC en houdt in dat alle vormen van aanschaffinanciering, ongeacht hun vorm, worden behandeld als zekerheidsrechten en aan dezelfde regels worden onderworpen.⁶ In de *non-unitary approach* wordt daarentegen onderscheid gemaakt tussen het geval waarin de aanschaffinanciering plaatsvindt doordat de verkoper de eigendom voorbehoudt en uitstel van betaling verleent en het geval waarin een derde de aanschaf van de zaak financiert en in dat verband een zekerheidsrecht bedingt met betrekking tot de te financieren zaak.⁷ De keuzemogelijkheid is ingegeven door het feit dat de verschillende landen de positie van de aanschaffinancier op zeer verschillende wijze regelen en laat derhalve ruimte om wel gewicht toe te kennen aan de omstandigheid dat de verkoper de eigendom wenst te behouden.⁸ Vanwege het belang van de functionele gelijkheid heeft de *Guide* echter wel een voorkeur voor de *unitary approach*.⁹

De *Draft Common Frame of Reference* biedt een voorbeeld van een dergelijke *non-unitary approach*. De DCFR biedt namelijk zowel de mogelijkheid om een eigendomsvoorbehoud te bedingen, op grond waarvan de verkoper ook daadwerkelijk eigenaar blijft, alsook de mogelijkheid om een zekerheidsrecht te bedingen c.q. voor te behouden (art. IX.-1:201 (3) jo. art. IX.-4:102 DCFR). Zo wordt enerzijds aan de verkoper de mogelijkheid gegeven om ook daadwerkelijk eigenaar te blijven, maar anderzijds ook aan andere financiers dan verkopers de mogelijkheid gegeven om te profiteren van de voordelen die zijn verbonden aan de kwalificatie als aanschaffinanciering. De DCFR heeft voor deze mogelijkheid gekozen omdat het eigendomsvoorbehoud waarbij de verkoper ook daadwerkelijk eigenaar blijft, gebruikelijk(er) is in de verschillende landen, terwijl beide constructies bovendien niet altijd tot dezelfde resultaten leiden, zoals in het faillissement van de koper.¹⁰

5 De *functional equivalence* houdt op dit punt in dat alle vormen van aanschaffinanciering, ongeacht hun juridische vormgeving, gelijk worden behandeld. Zie *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, paragraaf 80, p. 338. De volledige *functional equivalence* van aanschaffinanciering hangt af van de keuze voor de *unitary* of *non-unitary approach*. Zie *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, paragraaf 83, p. 339 en aanstonds in de hoofdtekst.

6 *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, paragraaf 78, p. 337.

7 *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, paragraaf 76, p. 337.

8 *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, paragraaf 60-64, p. 333-334 en paragraaf 83, p. 339.

9 *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, paragraaf 83, p. 339.

10 Von Bar & Clive 2009, p. 5396-5398. Volgens W. Faber, ‘Das Mobiliarsicherungsrecht des DCFR: Perspektiven für eine Reform in Österreich bzw in Europa?’, *JBl.* 2012, p. 424 bestond er op dit punt veel discussie binnen de werkgroep, waarbij het in de eerste plaats ging om de dogmatische kwalificatie, maar op de achtergrond ook de rechtspolitieke vraag naar afdracht van overwaarde een rol zou spelen. Vgl. op dat punt A. Veneziano, ‘A Secured Transactions’ Regime for Europe: Treatment of Acquisition Finance Devices and Creditor’s Enforcement Rights’, *Juridica International* 2008, p. 89-95. Zie over de vraag naar afdracht van overwaarde hierna in hoofdstuk 5, paragraaf 5.8.

2.3 De functie van het eigendomsvoorbehoud in de literatuur

In de Nederlandse literatuur wordt het eigendomsvoorbehoud dikwijls omschreven als een zekerheidsrecht of als een door de wet toegelaten vorm van zekerheidseigendom.¹¹ Deze kwalificatie volgt uit het feit dat het eigendomsvoorbehoud door veel auteurs, veelal zelfs impliciet, wordt gezien als een middel waardoor de verkoper zekerheid kan verkrijgen voor de betaling van de verschuldigde koopprijs door de koper. De gedachte is dat de verkoper krediet verschaft door genoeg te nemen met de latere voldoening van de koopprijs en tot zekerheid van de betaling van de koopprijs zijn eigendomsrecht voorbehoudt. De voorbehouden eigendom is in deze benadering een met een pandrecht vergelijkbaar zekerheidsrecht voor de voldoening van de koopprijs. Het eigendomsrecht secureert de vordering tot betaling van de verschuldigde prestatie, waarvan de overdracht door middel van een opschortende voorwaarde afhankelijk is gemaakt. Zodra de verschuldigde prestatie is voldaan, verliest de verkoper door het intreden van de voorwaarde zijn eigendomsrecht en wordt de koper (onvoorwaardelijk) eigenaar. Daarmee vertoont het eigendomsvoorbehoud volgens sommigen een functionele gelijkheid met het pandrecht of de onder het oude recht gebruikelijke zekerheidsoverdracht, welke beide figuren ook dienen tot zekerheid voor een vordering.¹²

Deze visie op het eigendomsvoorbehoud roept een aantal vragen op. Het pandrecht kent een uitgebreide wettelijke regeling, die er onder meer toe strekt de schuldenaar en diens schuldeisers te beschermen, bijvoorbeeld door het toeeigeningsverbod en de verplichting tot afdracht van overwaarde.¹³ De zekerheidsoverdracht heeft de wetgever met het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW) willen uitbannen, omdat het eigendomsrecht volgens de wetgever niet als zekerheidsrecht behoort te fungeren.¹⁴ Als het eigendomsvoorbehoud inderdaad een met het pandrecht of de onder het oude recht gebruikelijke zekerheidsoverdracht vergelijkbare functie vervult, is het de vraag hoe het eigendomsvoorbehoud zich verhoudt tot de ratio van het fiduciaverbod en de achtergrond van de voor pandrecht geschreven regels. In dat geval laat zich de vraag stellen of de koper onder eigendomsvoorbehoud en diens schuldeisers bij het eigendomsvoorbehoud niet op een vergelijkbare wijze zouden moeten worden beschermd. Door sommige auteurs is dan ook – onder meer onder verwijzing naar de hiervoor beschreven

11 Zie bijv. Schoordijk 1959, *passim*, Schoordijk 1963, p. 401, Schoordijk 1971, p. 458, Brahn 1974, p. 12, voetnoot 3, Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 171 en p. 359, F.H.J. Mijnsen, 'Bezitloos en stil pandrecht in het NBW', *Advocatenblad* 1981, p. 385, Brahn 1983, p. 117, Brahn 1984, p. 9, Van Mierlo 1984, p. 275, voetnoot 10, Vriesendorp 1985a, p. XV, Mezas 1985, p. IX, p. 101, p. 130, Schoordijk 1986, p. 314, Bruijn & Maas 1990, p. 688, Verstijlen & Vriesendorp 1994, p. 519-520, Faber & Van Hees 1994, p. 194, Zwalve 1995, p. 393, Van Hees 1997, p. 58-59, Van den Heuvel 2004, p. 188, Zwalve 2006, p. 201-202, Bartels 2007, p. 18, voetnoot 52, Faber 2007, p. 36, voetnoot 8, Struycken 2007, p. 568, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 498, Steneker 2012, nr. 2, Reehuis 2013, nr. 23 en nr. 37, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 568, Verstijlen 2013, nr. 1, Kortmann 2014, p. 239, Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 2, Wibier 2016, p. 212-214, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 533 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 8.

12 Schoordijk 1963, p. 401, Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 359 en p. 364, Molenaar 1985, p. 24 en Van den Heuvel 2004, p. 188.

13 Vgl. V.V. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 727.

14 Zie bijv. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 317: 'Wie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen' en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388: 'Deze [ratio van het fiduciaverbod; toevoeging EFV] ligt in de gedachte dat de in die bepaling bedoelde overdrachten tot zekerheid voor een schuld aan de verkrijger in beginsel meer recht zouden verschaffen dan zijn belang rechtvaardigt.' Zie uitgebreid over de ratio van het fiduciaverbod in hoofdstuk 9, paragraaf 9.5.

functionele benadering – bepleit dat de bepalingen die gelden voor pandrecht overeenkomstig moeten worden toegepast op het eigendomsvoorbehoud.¹⁵

Ook zou men de vraag kunnen stellen of het eigendomsvoorbehoud niet afgeschaft zou kunnen of moeten worden, omdat het eigendomsvoorbehoud in deze benadering minst genomen op gespannen voet staat met het fiduciaverbod, dat immers het gebruik van het eigendomsrecht als zekerheidsinstrument beoogt te voorkomen. In de literatuur is door meerdere auteurs gesignaleerd dat het eigendomsvoorbehoud een zekere spanning vertoont met het fiduciaverbod.¹⁶ Sommigen hebben daaraan de conclusie verbonden dat het eigendomsvoorbehoud afgeschaft zou moeten worden.¹⁷ In die visie is het eigendomsvoorbehoud niets meer dan een vuistloos zekerheidsrecht, waarmee de dwingendrechtelijke bepalingen met betrekking tot het pandrecht buitenspel worden gezet. Hoewel de uitwerking van het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW geen betrekking heeft op het eigendomsvoorbehoud – eigendom wordt immers niet overgedragen ten titel van zekerheid, maar hoogstens voorbehouden ten titel van zekerheid – zodat er geen titel in aanmerking komt die men als ongeldig zou kunnen beschouwen, staat de figuur volgens deze auteurs wel op gespannen voet met de ratio van het fiduciaverbod, namelijk dat het eigendomsrecht niet als zekerheidsrecht dient te worden ingezet. De verkoper zou om die reden genoeg moeten nemen met het voorbehouden van een pandrecht (art. 3:81 lid 1 BW).¹⁸

Een soortgelijk geluid komt naar voren in de Duitse en de Oostenrijkse literatuur. In de Oostenrijkse literatuur wordt het door sommigen als inconsequent beschouwd dat voor de verkrijging van zekerheidseigendom of een pandrecht bijzondere publiciteitseisen gelden, terwijl het eigendomsvoorbehoud toegestaan is, zonder dat daarvoor een publiciteitseis geldt.¹⁹ In de Duitse literatuur wordt door sommigen bepleit dat de bijzondere regels die (in faillissement) voor zekerheidseigendom gelden, ook van toepassing zouden moeten zijn op het eigendomsvoorbehoud, omdat sprake is van een vorm van zekerheidseigendom.²⁰

In het vervolg van dit hoofdstuk – en in het verlengde daarvan in dit proefschrift – wordt de juistheid van deze visie op het eigendomsvoorbehoud onderzocht. Daartoe wordt allereerst ingegaan op de redenen van de wetgever om het eigendomsvoorbehoud wettelijk te verankeren. In de hier beschreven visie had de wetgever namelijk tot de conclusie moeten komen dat voor het eigendomsvoorbehoud geen plaats is binnen het systeem van het vermogensrecht.

¹⁵ Schoordijk 1959, p. 1, Schoordijk 1971, p. 460, Zwalve 1995, p. 393, (voorzichtig) Van den Heuvel 2004, p. 192, Struycken 2016, p. 184 en Loof 2016, p. 822.

¹⁶ Brahn 1974, p. 12, voetnoot 3, Zwalve 1995, p. 393 en Wibier 2016, p. 214. Zie ook Schoordijk 1959, p. 75-76 die spreekt van een 'merkwaardige divergentie' als een rechtsstelsel geen eigendomsoverdracht tot zekerheid toestaat, maar het eigendomsvoorbehoud wel toelaatbaar acht.

¹⁷ Molenaar 1985, p. 24, Struycken 2007, p. 568-569 en Wibier 2016, p. 209-215. In die richting ook Van den Heuvel 2004, p. 193-198. Zie voor vergelijkbare pleidooien in Duitsland Wieacker 1938, p. 590-594, Blomeyer 1939, p. 186 e.v. en Hübner 1980, p. 729-735.

¹⁸ Molenaar 1985, p. 24, Struycken 2007, p. 568-569 en Wibier 2016, p. 212-213.

¹⁹ Gschnitzer 1963, p. 26, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 27, Riedler 2012, p. 246-247, Koziol & Welser/Kletečka 2014, p. 457 en Iro 2016, p. 164. Vgl. ook Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 19.

²⁰ Hübner 1980, p. 733-734, Bürgermeister 1996, p. 98-101, Häsemeyer 2003, p. 259 en Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 25.

2.4 Rechtvaardiging voor de wetgever

Hoewel het eigendomsvoorbehoud voor 1992 ook al een belangrijk instrument was voor de verkoper om zich te wapenen tegen betalingsonmacht van de koper, kende de figuur geen wettelijke regeling. Alleen voor huurkoop bestond sinds 1936 een wettelijke regeling (art. 1576h e.v. BW (oud)). Aanvankelijk leek het eigendomsvoorbehoud evenmin wettelijk te worden geregeld in het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Dat zou echter niet tot gevolg hebben dat het niet mogelijk zou zijn een eigendomsvoorbehoud te bedingen; de mogelijkheid van een eigendomsvoorbehoud komt meermaals aan de orde in de parlementaire geschiedenis.²¹ Het beding behoeft niet noodzakelijkerwijs een uitdrukkelijke regeling: de mogelijkheid tot het bedingen van een eigendomsvoorbehoud volgt uit de contractsvrijheid en zou men bijvoorbeeld kunnen afleiden uit de mogelijkheid om de levering uit te stellen of een overdracht onder opschortende voorwaarde te verrichten (art. 3:38 jo. art. 3:84 BW).²²

Nadien zag de wetgever desalniettemin reden om het eigendomsvoorbehoud uitdrukkelijk wettelijk te regelen. In 1971 kreeg het eigendomsvoorbehoud een plaats in het ontwerp, door aan de figuur één bepaling te wijden (art. 3.4.2.5b) met daarbij een (met name) op het eigendomsvoorbehoud toegesneden leveringsbepaling (art. 3.4.2.5a). Daarmee beoogde de wetgever twijfel over de toelaatbaarheid en de grenzen van het eigendomsvoorbehoud weg te nemen en de figuur bovendien een plaats te geven in het stelsel van het nieuwe wetboek.²³ De twijfels over de toelaatbaarheid en de grenzen van het eigendomsvoorbehoud bestonden er niet zozeer onder het oude recht, maar zouden vanwege het fiduciaverbod kunnen rijzen onder vigueur van het Nieuw BW. De wetgever voorzag kennelijk reeds dat men de toelaatbaarheid van het eigendomsvoorbehoud mogelijk ter discussie zou kunnen stellen vanwege het fiduciaverbod.

Teneinde de toelaatbaarheid van het eigendomsvoorbehoud te onderbouwen, zet de wetgever de figuur in de parlementaire geschiedenis af tegen (de ratio van) het fiduciaverbod. Het fiduciaverbod is volgens de wetgever ingegeven door de gedachte dat zekerheidsoverdrachten ‘aan de verkrijger in beginsel meer recht zouden verschaffen dan zijn belang rechtvaardigt.’²⁴ De schuldeiser heeft slechts behoefte aan zekerheid, maar verkrijgt (volle) eigendom. Daarmee wilde de

21 Zie bijv. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 72 en T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 733. Ook was altijd al beoogd de huurkoopovereenkomst – een bijzonder type overeenkomst met daarin een beding van eigendomsvoorbehoud – nader te regelen in Boek 7. Inmiddels is die regeling neergelegd in art. 7:84 e.v. BW, waarvoor de oude regeling van art. 1576h e.v. BW model heeft gestaan.

22 Vgl. M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388. Zie ook Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. A3. Zie over de vraag hoe de levering zou moeten plaatsvinden bij gebreke van art. 3:91 BW hierna in hoofdstuk 4, paragraaf 4.8.3.

23 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

24 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

wetgever afrekenen: '[w]ie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen.'²⁵ Daarmee stond de wetgever niet enkel een verbod van eigendomsoverdracht tot zekerheid voor ogen, maar een verbod van eigendom tot zekerheid in het algemeen.²⁶

Bij het eigendomsvoorbehoud is hiervan volgens de wetgever echter geen sprake. Van strijd met (de gedachte achter) het fiduciaverbod is volgens de wetgever geen sprake: de verkoper 'heeft niet slechts behoefte aan een zekerheidsrecht, maar ook aan het behoud van zijn eigendomsrecht zelf.'²⁷ Daarvoor wordt een tweetal argumenten aangevoerd.

'Vooreerst kan bij wanprestatie de verkoper in plaats van nakoming ook ontbinding kiezen. Hij heeft in dit laatste geval recht op teruggave van het geleverde goed teneinde daarover weer volledig te kunnen beschikken, door dit zelf te behouden en te gebruiken, dan wel het opnieuw aan een ander te vervreemden en de opbrengst geheel voor zichzelf te houden. In het nieuwe wetboek klemmt dit nog meer dan in het huidige recht, omdat anders dan in het huidige recht de ontbinding daar zakelijke werking mist (...).

Voorts zou de verkoper, zo hij geen eigendomsvoorbehoud, doch slechts een bezitloos pandrecht zou kunnen bedingen, als kredietgever achter moeten staan bij de geldkredietgever die zich eerder op alle tegenwoordige en toekomstige goederen van de koper een bezitloos pandrecht heeft bedongen, wat, als de koper een onderneming drijft, gemakkelijk het geval kan zijn. Wie goederen levert, behoort zich hiertegen te kunnen wapenen.'²⁸

Met het eerste argument beoogt de wetgever te onderbouwen waarom het gerechtvaardigd is dat de verkoper *eigenaar* blijft, terwijl hij met het tweede argument vooral beoogt te verduidelijken dat de voorrangspositie van de verkoper die door het eigendomsvoorbehoud ontstaat ook gerechtvaardigd is. In het navolgende wordt aan deze beide argumenten dan ook wel gerefereerd als 'eigendomsargument' en 'voorrangsargument'. In dit hoofdstuk staat met name het eigendomsargument centraal. In hoofdstuk 3 wordt aandacht besteed aan het voorrangsargument.

Op deze plaats kan wel reeds worden geconstateerd dat het voorrangsargument als zodanig weinig overtuigingskracht bezit voor de toelaatbaarheid van het eigendomsvoorbehoud. Weliswaar moet bedacht worden dat ten tijde van het verschijnen van deze toelichting nog niet de (uitdrukkelijke) mogelijkheid bestond om bij een overdracht een pandrecht voor te behouden,²⁹ maar in ieder geval zou men – als het alleen maar een voorrangskwestie zou zijn – het eigendomsvoorbehoud dan hebben kunnen schrappen toen die mogelijkheid in 1981 alsnog werd geboden.³⁰ Een voorbehouden pandrecht heeft immers een

25 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 317.

26 Verstijlen & Vriesendorp 1994, p. 519. Niet zozeer de *overdracht* tot zekerheid achtte de wetgever, althans Meijers, namelijk bezwaarlijk, maar het rechtsgevolg van de overdracht: de oneigenlijke figuur van *zekerheidseigendom*. Zie Struycken 2007, p. 494-499 en hierna in hoofdstuk 9, paragraaf 9.5. Vgl. ook S.C.J.J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW?', *WPNR* 1994 (6119), p. 19, voetnoot 7, die echter uit de toelaatbaarheid van het eigendomsvoorbehoud lijkt af te leiden dat de wetgever nadien het verbod wilde beperken tot de overdracht tot zekerheid.

27 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

28 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

29 Reehuis 2013, nr. 37 en Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. A3.

30 Zie M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1195-1196. Vgl. Reehuis 2013, nr. 37.

hogere rang dan een eerder bij voorbaat gevestigd vuistloos pandrecht.³¹ Bovendien kan de omstandigheid dat de verkoper een belang heeft om voor te gaan boven de geldkredietgever, niet onderbouwen dat de verkoper daarom ook belang zou hebben bij behoud van de eigendom zelf. Als het slechts zou gaan om een beslechting van een rangconflict, zou de verkoper enkel behoefte hebben aan een zekerheidsrecht met een hogere rang. Het zou dan voor de hand liggen – in het bijzonder tegen de achtergrond van het fiduciaverbod – om simpelweg te regelen dat een door de verkoper bedongen zekerheidsrecht een hogere rang heeft dan een (eerder) door de geldkredietverschaffer bedongen pandrecht.³² Het toekennen van een eigendomsrecht enkel om de verkoper de hoogste aanspraak te garanderen, zou – als de verkoper slechts een zekerheidsbelang heeft – zich moeilijk verdragen met het fiduciaverbod. Het argument maakt wel duidelijk dat de wetgever de belangen van de onbetaald gebleven verkoper met betrekking tot de verkochte zaak in het algemeen hoger aanslaat dan aanspraken van anderen op de desbetreffende zaak.

Belangrijker is het eerste argument, dat verklaart waarom de verkoper ook een belang heeft om de zaak zelf te behouden. Dit volgt uit de omstandigheid dat het eigendomsvoorbehoud is ingebed in de koopovereenkomst en de voorbehouden eigendom dus niet in relatie staat tot een willekeurige vordering, maar tot de vordering die de tegenprestatie vormt van de prestatie van de verkoper. Het eigendomsvoorbehoud kan niet los worden gezien van de inbedding van het beding in de koopovereenkomst. Zonder eigendomsvoorbehoud zou de verkoper namelijk door ontbinding ook weer eigenaar kunnen worden van de verkochte zaak, indien de koper de verschuldigde koopprijs niet voldoet. Bovendien was de verkoper voor sluiting van de koopovereenkomst ook al eigenaar van de desbetreffende zaak. Het eigendomsvoorbehoud roept derhalve geen situatie in het leven die, bij gebreke van het beding, voor de totstandkoming van de koopovereenkomst of na de ontbinding van de koopovereenkomst niet ook zou bestaan: ook dan zou de verkoper eigenaar van de zaak zijn. Bovendien is het belang bij behoud van de zaak zelf voor de verkoper niet gelegen in de omstandigheid dat hij zich voor de niet-betalde koopprijs kan verhalen op de verkochte zaak. Na ontbinding van de koopovereenkomst kan de verkoper weer vrijelijk beschikken over de zaak. Hij kan besluiten de zaak hernieuwd te vervreemden, maar zou de zaak ook zelf kunnen behouden en gebruiken. Anders dan een zekerheidseigenaar of pandhouder, heeft de verkoper in voorkomende gevallen dus ook daadwerkelijk wat aan de zaak zelf.³³ Dit belang acht de wetgever in het bijzonder beschermenswaardig vanwege het feit dat de ontbinding van de koopovereenkomst onder het huidige recht geen terugwerkende kracht en geen goederenrechtelijke werking heeft (art. 6:269 BW).

31 HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549 m.nt. W.M. Kleijn (*Potharst/Serrée*), rov. 3.6.4.

32 Vgl. Schoordijk 1971, p. 460. Zie voor een dergelijke oplossing door middel van een bijzondere rang § 9-324 UCC, waarover uitgebreid hierna in hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.5.

33 Vgl. Verheul 2014b, p. 525-526.

Het door de wetgever genoemde eigendomsargument illustreert dat het eigendomsvoorbehoud niet los kan worden gezien van de structuur van de koopovereenkomst, die namelijk gericht is op wederzijdse uitwisseling van de verschuldigde prestaties. Daaruit volgt dat de zaak waarvan de verkoper de eigendom voorbehoudt, niet zomaar een willekeurige zaak is, maar juist de zaak waarvan de verkoper ook al eigenaar was, en dat de vordering waarvoor de eigendom wordt voorbehouden niet zomaar een vordering is, maar de koopprijs die de koper moet voldoen. In het verlengde van het verband dat de wetgever legt tussen het eigendomsvoorbehoud en de ontbinding van de koopovereenkomst, wordt in dit proefschrift verdedigd dat het eigendomsvoorbehoud niet zozeer een zekerheidsrecht is, maar een instrument dat het wederkerige karakter van de koopovereenkomst waarborgt en de rechten van de verkoper bij ontbinding van de koopovereenkomst waarborgt. In de volgende paragrafen wordt dit standpunt nader uitgewerkt.

2.5 Het eigendomsvoorbehoud als wederkerigheidsinstrument

Het eigendomsvoorbehoud is geen zekerheidsrecht voor de koopprijsvordering, maar een contractueel instrument door middel waarvan de verkoper zich indekt tegen de risico's die hij zou lopen indien hij de zaak terstond aan de koper zou overdragen en de koper in gebreke zou blijven met de voldoening van de verschuldigde koopprijs.³⁴ Als de verkoper geen eigendomsvoorbehoud zou bedingen, zou hij bij ontbinding slechts aanspraak kunnen maken op ongedaanmaking (art. 6:271 BW). In een dergelijk geval zou de koper verplicht zijn tot retro-overdracht van de verkochte zaak aan de verkoper. Van een zodanige verbintenissenrechtelijke aanspraak tot ongedaanmaking zou in het gros der gevallen echter weinig te verwachten zijn, indien de koper tegelijkertijd in gebreke blijft met de voldoening van een andere schuld, namelijk de betaling van de koopprijs.

Het eigendomsvoorbehoud bewerkstelligt dat de verkoper niet is aangewezen op een verbintenissenrechtelijke vordering tot ongedaanmaking, maar kan teruggrijpen op zijn goederenrechtelijke, uit het eigendomsrecht voortvloeiende revindicatievordering (art. 5:2 BW). Hieruit blijkt dat de voorbehouden eigendom niet zozeer een vorm van zekerheidseigendom is en dat het eigendomsvoorbehoud geen zekerheidsrecht is; de voorbehouden eigendom biedt geen zekerheid voor voldoening van de koopprijsvordering. Het voorbehouden van de eigendom bewerkstelligt uitsluitend dat de verkoper bij ontbinding niet slechts een verbintenissenrechtelijke aanspraak heeft. Het eigendomsvoorbehoud biedt daarmee niet zozeer zekerheid voor de voldoening van de koopprijsvordering, maar zekerheid voor de ongedaanmaking na ontbinding. Met het eigendomsvoorbehoud stelt de verkoper bij voorbaat zijn rechten bij ontbinding van de koopovereenkomst veilig, doordat hij vanwege het eigendomsvoorbehoud dan ongedaanmaking op goederenrechtelijke wijze kan afdwingen.³⁵

34 Snijders 1990, p. 93, Mincke 1995, p. 176 en Rongen 2012, p. 829-830. Vgl. ook Scholten 1906, p. 92-93 en Mijnsen 1991, p. 194-195.

35 Zie hierna in paragraaf 2.7.

Daarmee heeft het eigendomsvoorbehoud onmiskenbaar een zekerheidskarakter, maar dat zekerheidskarakter is van geheel andere aard dan de zekerheid die een pandrecht biedt. Een pandrecht stelt de pandhouder in staat om door middel van executie alsnog voldoening van de door een ander verschuldigde prestatie af te dwingen, wanneer deze in gebreke blijft met de voldoening. Uitoefening van een pandrecht bewerkstelligt aldus (gedeeltelijke) voldoening van de vordering, waarvoor het pandrecht tot zekerheid strekt. Anders ligt dit voor het eigendomsvoorbehoud. Met het eigendomsvoorbehoud kan de verkoper niet bewerkstelligen dat de koopprijsvordering, bijvoorbeeld uit de opbrengst van de verkochte zaak, wordt voldaan. Integendeel, door de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud gaat de koopprijsvordering juist teniet (art. 6:271 BW). Het eigendomsvoorbehoud garandeert uitsluitend dat de verkoper het object van zijn eigen prestatie behoudt totdat de koper de daartegenover staande prestatie voldoet.³⁶

In deze hier verdedigde en nader te onderbouwen visie is de functie van het eigendomsvoorbehoud dan ook gelegen in het feit dat het beding de wederkerigheid van de contractuele prestaties handhaaft, ondanks het feit dat de verkoper de zaak reeds (af)levert voordat de koper de koopprijs voldoet. Deze functie wordt inzichtelijk door een vergelijking tussen het normaaltype koopovereenkomst en de koopovereenkomst met een beding van eigendomsvoorbehoud. Door het sluiten van een koopovereenkomst komt op de koper de verplichting tot betaling van de koopprijs te rusten (art. 7:26 lid 1 BW). Daartegenover staan voor de verkoper – voor zover hier relevant – de verplichtingen om de zaak af te leveren en in eigendom over te dragen (art. 7:9 lid 1 BW). Artikel 7:26 lid 2 BW bepaalt vervolgens dat de betaling dient te geschieden ten tijde en ter plaats van de aflevering. Bij koopovereenkomst geldt derhalve als uitgangspunt dat partijen *gelijktijdig* moeten presteren.³⁷ Deze regel van ‘gelijk oversteken’ benadrukt bij uitstek het wederkerige karakter van de beide prestaties en illustreert de doeloorzakelijkheid van de koopovereenkomst.³⁸ De verkoper verbindt zich tot overdracht teneinde de koopprijs te ontvangen en de koper verplicht zich tot betaling van de koopprijs teneinde de zaak te verkrijgen.³⁹ De verkoper hoeft zijn verplichtingen tot aflevering en overdracht pas na te komen op het moment dat de koper zijn verplichting tot de betaling van de koopprijs nakomt. Tot dat moment kan de verkoper zijn verplichtingen opschorten (art. 6:262 BW).

³⁶ Vgl. Blomeyer 1969, p. 2120.

³⁷ Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 411 en nr. 567. Voor wederkerige overeenkomsten in het algemeen heeft de wetgever uitdrukkelijk afgezien van een bepaling dat partijen als regel gelijktijdig moeten presteren. Zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 994. Voor koopovereenkomsten achtte de wetgever de regel van ‘gelijk oversteken’ wel de meest praktische. Zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 259.

³⁸ Suijling 1934, nr. 308-309, Nieuwenhuis 1979, p. 73, Huber 1987, p. 755, Bakels 2011, nr. 22, Streefkerk 2013, nr. 6.1, Staudinger/Schwarze 2015, Vorbem. zu §§ 320-326 BGB, Rn. 5 en MünchKomm-BGB/Emmerich 2016, Vorbem. zu § 320 BGB, Rn. 16.

³⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 81 en MünchKomm-BGB/Emmerich 2016, Vorbem. zu § 320 BGB, Rn. 3.

Door het uitgangspunt van ‘gelijk oversteken’ bij koopovereenkomsten draagt geen van de partijen het risico dat de wederpartij niet presteert.⁴⁰ Tegen deze achtergrond blijkt dat een koopovereenkomst met eigendomsvoorbehoud geen afwijking vormt van het uitgangspunt van ‘gelijk oversteken’, maar dit uitgangspunt juist benadrukt en handhaaft.⁴¹ Door middel van het eigendomsvoorbehoud houden partijen, ondanks het feit dat de verkoper de zaak reeds (af-) levert, vast aan de verstrengeling van de beide prestaties die de wederkerigheidsband schept. Het eigendomsvoorbehoud vormt met betrekking tot de verplichting tot eigendomsoverdracht derhalve een bevestiging van de regel van gelijk oversteken.⁴² Enkel ten aanzien van de verplichting tot aflevering wordt met het eigendomsvoorbehoud afgeweken van dit wettelijk uitgangspunt, doordat de verkoper zich verplicht om de zaak reeds (af) te leveren vóórdat de koper de verschuldigde prestatie voldoet.⁴³ Het uitstellen van de eigendoms-overgang door het effect van de overdracht afhankelijk te maken van de voldoening van de door de koper verschuldigde tegenprestatie, is in deze benadering niets anders dan het geldend maken van de *exceptio non adimpleti contractus* (art. 6:262 BW) met betrekking tot de verplichting tot eigendoms-overdracht van artikel 7:9 lid 1 BW.⁴⁴

40 Vgl. Streefkerk 2013, nr. 7.2. Kennelijk anders R. Zwitser, ‘Weigering, met terugwerkende kracht en goederenrechtelijke werking’, *WPNR* 2013 (6969), p. 257 die van mening is dat de wetgever ten onrechte het synallagmatisch verband heeft aangetast bij de koopovereenkomst, waardoor het *do ut des* niet langer wordt gerespecteerd. Deze aantasting is volgens hem gelegen in de afschaffing van de terugwerkende kracht en de goederenrechtelijke werking van de ontbinding, waardoor de koper ook eigenaar wordt, indien hij niet betaalt. Daarbij gaat hij er evenwel aan voorbij dat het wettelijk uitgangspunt is dat koper en verkoper gelijktijdig presteren. Verkrijgt de koper eigendom zonder te betalen, dan zijn partijen daarmee (stilzwijgend) contractueel afgeweken van dit wettelijk uitgangspunt.

41 Zie Scholten 1906, p. 102: ‘Partijen willen hier hetzelfde als bij den eenvoudigen vorm: eigendomsovergang tegen betaling van den prijs.’ Zie ook V.V., *Kamerstukken I* 1935/36, 70, p. 1-2, alwaar wordt opgemerkt dat de verkoop op krediet *zonder* eigendomsvoorbehoud, dus met onmiddellijke eigendomsoverdracht, een afwijking vormt van het uitgangspunt van gelijk oversteken (art. 1514 en 1550 BW (oud)). Treffend blijkt dit uit het Oostenrijkse recht. Indien de verkoper de koper geen uitstel van betaling verleent en de zaak levert in de verwachting dat de koper de koopprijs terstond voldoet, komt zelfs zonder een daartoe strekkend beding slechts een overdracht onder eigendomsvoorbehoud tot stand (zgn. *kurzfristiger Eigentumsvorbehalt*), omdat aldus de regel van ‘gelijk oversteken’ – waar partijen van zijn uitgegaan – wordt gehandhaafd. Zie F. Bydliński, ‘Überflüssiger Eigentumsvorbehalt und schlüssige Argumentation’, *JBl.* 1977, p. 332-337, Klang/Bydliński 1978, § 1063 ABGB, p. 376-377, Koziol & Welser/Kletečka 2014, p. 455 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 32. Anders: K. Spielbüchler, ‘Überflüssiger Eigentumsvorbehalt’, *JBl.* 1977, p. 296-304.

42 Spielbüchler 1968, p. 589, Bülow 1986, p. 172, Huber 1987, p. 754-756, Van Look & Stoltenberg 1990, p. 665, Lieb 1990, p. 314-318, Flume 1992, p. 706, Henckel 1994, p. 214, Lux 2008, p. 895, Riedler 2012, p. 247, Koziol & Welser/Kletečka 2014, p. 455, Bydliński 2015, p. 248, Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 19, Rummel & Lukas/Winner 2016, § 358 ABGB, Rn. 15 en KPB/Prütting 2016, § 51 InsO, Rn. 46. Vgl. ook Ulmer & Schmidt 1984, p. 25. Zie ook Larenz 1986, p. 111: ‘[D]urch den Eigentumsvorbehalt gibt der Verkäufer zu erkennen, daß er die synallagmatische Verknüpfung seiner eigenen Leistung mit der Gegenleistung (...) noch keineswegs als gelöst ansieht.’ Vgl. reeds Flume 1950, p. 841 en Flume 1962, p. 390.

43 Blomeyer 1969, p. 2117-2118. Vgl. Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 1 die spreekt van een ‘Lockerung des Synallagmas’.

44 Zie reeds Van Lier 1892, p. 37. Vgl. ook Pitlo 1942, p. 328, die de relatie tussen eigendomsvoorbehoud en de *exceptio non adimpleti contractus* legt, zij het dat hij ook uitgaat van een uitstel van de levering, hetgeen denkbaar samenhangt met de onder het oude recht wel voorkomende karakterisering van het eigendomsvoorbehoud als een *traditio brevi manu* onder opschortende voorwaarde. Zie daarover hoofdstuk 4, paragraaf 4.8.2. Zie over de relatie tussen eigendomsvoorbehoud en *exceptio non adimpleti contractus* ook Hemming 1892, p. 75-76 en Schoordijk 1971, p. 460, noot 18.

In afwijking van het uitgangspunt van gelijk oversteken zouden partijen ook kunnen overeenkomen dat de verkoper als eerste dient te presteren door de eigendom reeds over te dragen voordat de koper betaalt (koop op afbetaling, niet-zijnde huurkoop), of dat de koper eerst moet betalen voordat de verkoper de zaak overdraagt (vooruitbetaling).⁴⁵ In het eerste geval loopt de verkoper het risico dat de koper niet presteert; in het tweede geval loopt de koper het risico dat de verkoper niet presteert.⁴⁶ De elegantie van het eigendomsvoorbehoud is gelegen in het feit dat geen van de partijen het risico van niet-presteren van de wederpartij loopt, door via de opschortende voorwaarde de wederzijdse verplichtingen te verstrengelen. Aldus biedt het eigendomsvoorbehoud niet alleen een oplossing in gevallen waarin de koper nog niet in staat is de verschuldigde koopprijs te voldoen, maar ook in gevallen waarin partijen elkaar niet fysiek treffen om de beide prestaties uit te wisselen, zoals bij aankopen via internet.⁴⁷ De meerwaarde van het eigendomsvoorbehoud is daarmee gelegen in de omstandigheid dat het beding een constructie mogelijk maakt waarbij levering en betaling weliswaar uiteenlopen, maar geen van de partijen daardoor belast wordt met het insolventierisico van de wederpartij.

Voor de hier gepresenteerde benadering kan steun worden gevonden in het Duitse en Oostenrijkse recht. Hoewel ook in de Oostenrijkse en Duitse literatuur de opvatting dat het eigendomsvoorbehoud een zekerheidsrecht is dat grote gelijkenis vertoont met een pandrecht of zekerheidseigendom, veel aanhangers heeft, wordt in de literatuur door een aantal andere auteurs juist benadrukt dat het eigendomsvoorbehoud zich niet laat vergelijken met zekerheidseigendom of een pandrecht, omdat de functie van het eigendomsvoorbehoud is gelegen in het handhaven van de regel van 'gelijk oversteken' (*Zug-um-Zug*) en (vooral) de rechten van de verkoper bij ontbinding veiligstelt.⁴⁸ Niettemin gaan deze auteurs minder ver dan in dit proefschrift wordt verdedigd, omdat wordt aangenomen dat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud niet zonder meer behoeft uit te monden in ontbinding van de koopovereenkomst, omdat de verkoper ook de mogelijkheid zou hebben om door middel van executie van de verkochte zaak zich te verhalen voor de koopprijsvordering, waardoor de verkoper door uitoefening van het eigendomsvoorbehoud wel degelijk betaling van de koopprijs zou kunnen afdwingen.⁴⁹ Deze benadering komt hierna nog aan de orde en wordt in paragraaf 5.6 van hoofdstuk 5 uitvoeriger aan een kritische bespreking onderworpen.

45 Vgl. Eggens 1931, p. 395.

46 Vgl. Reinicke & Tiedtke 2009, p. 479.

47 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 359 en p. 377, Huber 1987, p. 755 en Bamberger & Roth/Faust 2014, § 449 BGB, Rn. 7.

48 Lempenau 1968, p. 11, Spielbüchler 1968, p. 589, Lange 1971, p. 514, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 463, Larenz 1986, p. 111, Bülow 1986, p. 172, Huber 1987, p. 754-756, Van Look & Stoltenberg 1990, p. 665, Lieb 1990, p. 314-318, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 27, Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 5, Riedler 2012, p. 247, Bydlinski 2015, p. 248, Rummel & Lukas/Winzer 2016, § 358 ABGB, Rn. 15, KPB/Prütting 2016, § 51 InsO, Rn. 46 en KBB/Apathy & Perner 2017, § 1063 ABGB, Rn. 8.

49 Zie hierna in voetnoot 71.

2.6 Ten behoeve van wie wordt het eigendomsvoorbehoud bedongen?

Het voorgaande maakt duidelijk dat met een eigendomsvoorbehoud in belangrijke mate wordt tegemoetgekomen aan de belangen van de koper.⁵⁰ Als uitgangspunt kan de verkoper namelijk zowel zijn verplichting tot eigendoms-overdracht, alsook zijn verplichting tot aflevering opschorten tot het moment dat de koper de verschuldigde koopprijs voldoet. Omdat de verkoper in afwijking daarvan de verplichting op zich neemt om met betrekking tot de afleveringsverplichting als eerste te presteren, kan de koper reeds voor betaling gebruikmaken van de gekochte zaak. De levering van de zaak bewerkstelligt bovendien dat de koper reeds eigenaar onder opschortende voorwaarde wordt, waardoor ook gewaarborgd is dat hij zonder meer eigenaar wordt zodra hij de verschuldigde prestatie voldoet. Een tussentijdse vervreemding of een eventueel faillissement van de verkoper heeft geen invloed meer op de eigendomsverkrijging door de koper. Ondanks het feit dat de koper nog niet heeft gepresteerd, heeft hij het derhalve volledig in eigen hand of hij eigenaar wordt van de gekochte zaak.

Ook bij de totstandkoming van artikel 3:91 en artikel 3:92 BW is men zich bewust geweest van het feit dat het eigendomsvoorbehoud tegemoetkomt aan de belangen van de koper. Verkoopvoorwaarden waarin een eigendomsvoorbehoud wordt bedongen, zijn niet altijd even eenduidig en gedetailleerd opgesteld. Niet zelden wordt volstaan met het vastleggen dat de verkoper de eigendom voorbehoudt totdat de koper de verschuldigde koopprijs voldoet, zonder dat ook aandacht wordt besteed aan de vraag op welke wijze de koper vervolgens eigenaar wordt.⁵¹ Artikel 3:92 BW lost deze vraag op, doordat het een dergelijk beding, bij wijze van een vermoeden, beschouwt als een afspraak die terstond verplicht tot een overdracht onder opschortende voorwaarde.⁵² Daarmee is het belang van de koper gediend, omdat hij meteen eigenaar onder opschortende voorwaarde wordt. Behoudens een andersluidend beding van partijen snijdt de wetgever hiermee de mogelijkheid af van een (interpretatie van het) eigendomsvoorbehoud met de strekking dat tot de betaling door de koper in het geheel geen levering en overdracht tot stand komt.

Dat men bij de totstandkoming ook de belangen van de koper voor ogen had, blijkt bovendien uit het feit dat in eerste instantie geëist werd dat het eigendomsvoorbehoud was neergelegd in een daartoe bestemde akte.⁵³ Gevreesd werd evenwel dat deze eis zich tegen de koper zou kunnen keren: bij niet-naleving van deze eis zou geredeneerd kunnen worden dat in het geheel geen overdracht tot

50 Gudian 1967, p. 1788, Lieb 1990, p. 315, Bamberger & Roth/Faust 2014, § 449 BGB, Rn. 8 en KPB/Prütting 2016, § 51 InsO, Rn. 46. Vgl. ook Ulmer & Schmidt 1984, p. 25 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 3. Sceptisch: Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 3.

51 Vgl. Van Mierlo 1984, p. 277.

52 Zie de brief van W. Snijders d.d. 12 februari 1968 aan T.J. Dorhout Mees, p. 4 (te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 2189), onder verwijzing naar Schoordijk 1963, p. 401-403 en p. 413-417.

53 Zie de notitie van W. Snijders n.a.v. de bespreking over het eigendomsvoorbehoud d.d. 6 maart 1968, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 2189.

stand zou zijn gekomen, zodat de koper ook na betaling geen eigenaar zou zijn geworden.⁵⁴ Wat men van de gehanteerde redenering ook kan denken,⁵⁵ uit de argumentatie blijkt in ieder geval dat men zich bewust was van het feit dat de rechtsgevolgen van het eigendomsvoorbehoud in belangrijke mate tegemoetkomen aan de belangen van de koper.

In de meer gangbare benadering van het eigendomsvoorbehoud wordt het beding vooral beschouwd als een zekerheidsmiddel waarmee tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de *verkoper*. Dat hangt samen met het feit dat – veelal impliciet – tot uitgangspunt wordt genomen dat het alternatief voor een overdracht onder eigendomsvoorbehoud een onvoorwaardelijke overdracht zou zijn, zonder dat de koper de koopprijs gelijktijdig met de overdracht voldoet.⁵⁶ Het eigendomsvoorbehoud is volgens deze auteurs daarmee in het belang van de verkoper, omdat hij aldus zijn positie versterkt.⁵⁷ Zoals hiervoor is gebleken, is het alternatief voor een overdracht onder eigendomsvoorbehoud veeleer het volledig uitstellen van de overdracht én de levering, totdat de koper de koopprijs voldoet.⁵⁸ Tot de (af)levering en de overdracht is de verkoper immers slechts verplicht tegen gelijktijdige voldoening van de koopprijs.⁵⁹ In een dergelijk geval zou de koper voor betaling geen beschermde rechtspositie hebben en het dus niet zelf in de hand hebben dat hij zonder meer eigenaar wordt van de zaak als hij de koopprijs voldoet.

Dat het eigendomsvoorbehoud in belangrijke mate tegemoetkomt aan de belangen van de koper, neemt niet weg dat het eigendomsvoorbehoud veelal óók in het belang van de verkoper is. Dat valt onder meer af te leiden uit het feit dat verkopers een overdracht onder eigendomsvoorbehoud veelal prefereren boven het uitstellen van de overdracht totdat de koper de koopprijs voldoet. Niet altijd is het gebruikelijk of mogelijk dat de koper gelijktijdig met de (af)levering betaalt.⁶⁰ Bovendien is het soms gangbaar dat de koper pas hoeft te betalen op het moment dat hij de gekochte zaak heeft ontvangen.⁶¹ Dan dient de verkoper als eerste te presteren en kan hij door een eigendomsvoorbehoud zijn positie versterken. Daarnaast kan de verkoper zijn afzetmarkt vergroten door de zaak reeds in de macht van de koper te brengen voordat de koper de verschuldigde

54 Zie de brief van W. Snijders d.d. 8 november 1968 aan F.J. de Jong, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 2192.

55 Meer voor de hand liggend zou zijn dat de hoofdregel van art. 3:39 BW – gelet op de strekking van het beoogde vormvoorschrift – in dit geval toepassing mist, zodat de koper wel degelijk eigenaar zou zijn geworden. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 276.

56 Zie bijv. Serick 1963, p. 76, Vriesendorp 1985a, p. 133-134, Mezas 1985, p. 101, Larenz 1986, p. 105-106, Bülow 2012, p. 232, Reehuis 2013, nrs. 2-3 en Stolz 2015, p. 39. Zie hierover kritisch Lieb 1990, p. 314, die spreekt van een 'kaum einmal problematisierte Vorstellung.' Vgl. ook Brinkmann 2011, p. 179.

57 Zie pregnant Vriesendorp 1993, p. 14 die opmerkt dat 'zonder eigendomsvoorbehoud te bedingen de verkoper zijn eigendomsrecht al door levering zou zijn kwijtgeraakt.'

58 Zie hiervoor in paragraaf 2.5.

59 Lieb 1990, p. 315.

60 Vgl. Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 359 en p. 377.

61 Vgl. Reehuis 2013, nr. 1.

prestatie heeft voldaan.⁶² Denkbaar is dat de koper pas door het gebruik van de zaak de benodigde middelen kan verwerven om de verkoper te voldoen, zodat een koopovereenkomst niet tot stand zou zijn gekomen als de koper gelijktijdig met de levering en de overdracht zou moeten betalen.⁶³

2.7 Het eigendomsvoorbehoud waarborgt de rechten van de verkoper bij ontbinding

De constatering dat het eigendomsvoorbehoud voornamelijk een middel is waarmee de verkoper zich indekt tegen het ontbindingsrisico dat hij zou lopen indien hij, ondanks het feit dat de koper nog niet betaalt, zijn verplichting tot levering en overdracht reeds zou nakomen, heeft ook belangrijke consequenties voor de vraag *waarvoor* het eigendomsvoorbehoud zekerheid biedt.

Door middel van (de uitoefening van) het eigendomsvoorbehoud kan de verkoper niet bereiken dat hij wordt voldaan.⁶⁴ Uitoefening van het eigendomsvoorbehoud heeft ontbinding van de koopovereenkomst tot gevolg en bewerkstelligt aldus dat de koopprijsvordering tenietgaat.⁶⁵ De (definitieve) uitoefening van het eigendomsvoorbehoud leidt noodzakelijkerwijze tot ontbinding van de koopovereenkomst omdat de verkoper zich daarmee ook bevrijdt van zijn eigen verplichting tot eigendomsverschaffing en de verkoper bovendien de zaak pas kan opvorderen indien het uit de koopovereenkomst voortvloeiende recht van de koper om de zaak vóór betaling onder zich te hebben door ontbinding van de koopovereenkomst is beëindigd.⁶⁶

Omdat de verkoper zijn verplichting tot eigendomsverschaffing opschort, kan hij de zaak in geval van ontbinding als de zijne opvorderen en is hij niet aangewezen op een ongedaanmakingsvordering ex artikel 6:271 BW teneinde datzelfde resultaat te bereiken.

Daarmee waarborgt het eigendomsvoorbehoud de rechten van de verkoper bij ontbinding: het eigendomsvoorbehoud garandeert niet dat de verkoper wordt bevredigd, maar dat de positie van de verkoper wordt hersteld in de toestand van vóór de overeenkomst, indien de koper tekortschiet in de nakoming van de koopovereenkomst.

In zekere zin kan daarmee gezegd worden dat het eigendomsvoorbehoud niet zozeer de koopprijsvordering secureert, maar de ongedaanmakingsvordering die resteert na ontbinding van de koopovereenkomst. Zonder eigendomsvoorbehoud zou de verkoper die reeds volledig heeft gepresteerd bij niet-nakoming door de

62 Vgl. de notitie van W. Snijders betreffende artikelen 3.4.2.3a en 3.4.2.5 naar aanleiding van recente literatuur d.d. 11 december 1981, p. 5, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 724, alwaar wordt opgemerkt dat de reden voor het eigendomsvoorbehoud gelegen kan zijn in 'dat het, mede in het belang van de koper die in zijn bedrijf of als particulier behoefte heeft aan leverancierskrediet, mogelijk moet zijn voor een verkoper om een dergelijk krediet op een verantwoorde grondslag te geven.'

63 Huber 1987, p. 755, Brahn 1991, p. 35, Leible & Sosnitzer 2001, p. 244 en Lux 2008, p. 895.

64 Vgl. Lange 1971, p. 514 die opmerkt dat de structuur van het eigendomsvoorbehoud 'nur auf einen Schutz der Rückabwicklung gerichtet ist.'

65 Huber 1987, p. 753 en Mincke 1995, p. 176.

66 Zie uitgebreid hoofdstuk 5, paragraaf 5.4. Vgl. BGH 1 juli 1970, *NJW* 1970, 1733: 'Da der Kaufvertrag und die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers in diesem Falle weiter bestehen, muß vielmehr der Vorbehaltsverkäufer die Kaufsache dem Käufer weiter zur Verfügung halten, um sie ihm gegebenenfalls gegen Zahlung der Rückstände wieder herauszugeben.'

koper slechts een persoonlijke aanspraak op retro-overdracht hebben (art. 6:271 BW). Bij een eigendomsvoorbehoud is een dergelijke retro-overdracht niet nodig; de verkoper is altijd eigenaar gebleven. Noodzakelijk is slechts een feitelijke ongedaanmaking, die plaatsvindt doordat de verkoper overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en de zaak opvordert van de koper. In plaats van een persoonlijke aanspraak tot retro-overdracht, heeft de verkoper die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen een goederenrechtelijke aanspraak: de uit het eigendomsrecht voortvloeiende revindicatievordering (art. 5:2 BW).⁶⁷ Het voorbehouden van de eigendom geeft aan de ongedaanmakingsvordering derhalve een goederenrechtelijk karakter,⁶⁸ zodat gezegd kan worden dat het eigendomsvoorbehoud de ongedaanmakingsvordering secureert.⁶⁹ Dat dient men evenwel enigszins overdrachtelijk op te vatten: de vordering die het (voorbehouden) eigendomsrecht secureert, heeft uiteindelijk namelijk datzelfde eigendomsrecht tot voorwerp. Zuiverder geformuleerd zou men kunnen zeggen dat de verkoper vanwege het eigendomsvoorbehoud in staat is de ongedaanmaking door middel van zijn revindicatievordering op goederenrechtelijke wijze af te dwingen, zonder dat hij daarvoor de medewerking van de koper behoeft.

Hoewel ook in Duitsland en Oostenrijk het eigendomsvoorbehoud overwegend als zekerheidsrecht voor de koopprijsvordering wordt beschouwd, is de opvatting dat het eigendomsvoorbehoud met name zekerheid biedt voor de *Rückforderungsanspruch* van de verkoper bij ontbinding iets meer ingeburgerd dan in de Nederlandse literatuur.⁷⁰ Veelal wordt dit standpunt echter in een genuanceerdere variant verdedigd, doordat men aanneemt dat het eigendomsvoorbehoud zowel zekerheid biedt voor de ongedaanmakingsvordering van de verkoper na ontbinding, alsook voor de koopprijsvordering.⁷¹ Deze opvatting volgt uit de hiervoor reeds genoemde aanvaarding van de mogelijkheid van uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door middel van executie van de verkochte zaak en verhaal op de opbrengst voor de koopprijsvordering.⁷² In de Nederlandse literatuur is een vergelijkbaar standpunt verdedigd door Frank. Volgens hem houdt terugneming van de zaak door de verkoper in dat de verkoper ‘zijn inschuld op het verbonden zekerheidsobject [heeft] verhaald’ en ‘de overeenkomst door “betaling” eindigt’.⁷³ Deze benadering verdraagt zich echter slecht met de omstandigheid dat het

67 Vgl. Reehuis 2014, p. 351.

68 Blomeyer 1968, p. 693, Larenz 1986, p. 106 en HKK-BGB/Ernst 2013, § 449 BGB, Rn. 17.

69 Vgl. M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 388 alwaar de vordering tot ongedaanmaking in geval van eigendomsvoorbehoud wordt afgezet tegen een slechts persoonlijke vordering.

70 Blomeyer 1968, p. 693, Blomeyer 1969, p. 2120, Mayrhofer 1969a, p. 201, Gravenhorst 1971, p. 495, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 457-458, Tiedtke 1980, p. 1478, Van Look & Stoltenberg 1990, p. 665, Roth 2008, p. 530, Lux 2008, p. 895, Jacoby 2008, p. 1054, Reinicke & Tiedtke 2009, p. 479 en HKK-BGB/Ernst 2013, § 449 BGB, Rn. 17. Zie uit de Duitse rechtspraak BGH 1 juli 1970, *NJW* 1970, 1733: ‘Die Vorbehaltsklausel sichert demnach nicht etwa die Kaufpreisforderung des Vorbehaltskäufers, sondern seine Rechte bei Auflösung des Vertrages’, BGH 27 maart 2008, *NJW* 2008, 1803 en BGH 8 mei 2014, *NJW* 2014, 2358. Anders: BGH 24 januari 1961, *NJW* 1961, 1011 en BGH 7 december 1977, *NJW* 1978, 417.

71 Serick 1963, p. 77 en p. 211, Frotz 1970, p. 133, Bodenburg 1979, p. 1205, Honsell 1981, p. 709-710, voetnoot 38, Soergel/Mühl 1991, § 455 BGB, Rn. 2, Schwab 2000, p. 610-611, Brinkmann 2011, p. 178-181, Riedler 2012, p. 245, Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 19, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 2 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 3.

72 Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 5, paragraaf 5.6.

73 Frank 1931, p. 329.

eigendomsvoorbehoud is neergelegd in een koopovereenkomst, die op de verkoper de verplichting legt de eigendom over te dragen en de koper bovendien het recht geeft de zaak onder zich te houden.⁷⁴ Indien het eigendomsvoorbehoud zou uitmonden in verhaal op de verkochte zaak, waardoor de verkoper zou worden bevredigd, zou de verkoper zijnerzijds tekortschieten in de nakoming van de op hem rustende verbintenissen uit de – nog altijd in stand gebleven – koopovereenkomst, door de koper niet het gebruik en de eigendom van de zaak te verschaffen. In de hier verdedigde opvatting gaat de (definitieve) uitoefening van het eigendomsvoorbehoud dan ook noodzakelijkerwijs gepaard met ontbinding van de koopovereenkomst, zodat een uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door executie niet mogelijk is. Aangezien de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud bewerkstelligt dat de koopprijsvordering tenietgaat, kan het eigendomsvoorbehoud nooit tot gevolg hebben dat de verkoper wordt voldaan. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt een vergelijkbare, maar iets terughoudendere benadering:

‘[I]n het stelsel van het nieuwe BW [is] het eigendomsvoorbehoud ook geen zuiver zekerheidsrecht (...), zoals een pandrecht of hypotheek, *omdat het niet hoeft uit te monden in verhaal van de vordering* op de zaak waarop het voorbehoud betrekking heeft, doch de vervreemder ook in belangen van andere aard kan beschermen, zoals zijn belang om in geval van ontbinding van de koopovereenkomst er zeker van te zijn weer de volledige beschikkingsmacht over de zaak te krijgen.’⁷⁵ (curs. toegevoegd)

De wetgever lijkt hier nog wel enige ruimte te zien voor de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, die uitmondt in verhaal van de koopprijsvordering. In de hier verdedigde visie is dat onmogelijk: uitoefening van het eigendomsvoorbehoud dient gepaard te gaan met ontbinding van de koopovereenkomst omdat de verkoper zich daardoor van zijn eigen verplichtingen bevrijdt, waardoor ook de koopprijsvordering tenietgaat. De verkoper kan zich vervolgens niet meer verhalen voor deze vordering.⁷⁶

In de hier verdedigde benadering verschilt het eigendomsvoorbehoud in grote mate van traditionele zekerheidsrechten, zoals het pandrecht, waarbij door middel van de (opbrengst van de) verpande zaak of vordering voldoening van de geseceerde vordering kan worden bewerkstelligd. Tussen de voorbehouden eigendom en de koopprijsvordering bestaat enerzijds een nauwere relatie dan tussen het pandrecht en de geseceerde vordering, maar anderzijds is de band tussen de eigendom van de zaak en de vordering een stuk losser. Deze lossere band volgt uit het feit dat het eigendomsvoorbehoud geen zekerheid voor de voldoening

74 Vgl. Scholten 1906, p. 93 die opmerkt dat de verkoper de zaak ‘ten eeuwigen dage, minstens tot het verloop van den verjaringstermijn’ voor de koper beschikbaar zou moeten houden. Tegenwoordig geldt dan zelfs de regel van art. 3:92 lid 3 BW, die inhoudt dat verjaring van de rechtsvordering ter zake van de tegenprestatie tot gevolg heeft dat de koper eigenaar wordt. Zie daarover (kritisch) hoofdstuk 5, paragraaf 5.9.

75 M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1241.

76 Een kleine ontsnapingsmogelijkheid wordt geboden door het slot van lid 3 van art. 3:92 BW. Op grond van de slotzin leidt afstand van het recht op de tegenprestatie door de verkoper tot eigendomsovergang, behoudens een afwijkende partijafpraak. De uitzonderingsmogelijkheid strekt ertoe partijen de mogelijkheid te geven een arrangement te treffen in geval van wanprestatie van de koper met de strekking dat de verkoper de zaak terugkrijgt en daartegen afstand doet van zijn recht op de tegenprestatie. Zie L.v.Ant. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1240. Per saldo wordt daarmee een met ontbinding vergelijkbaar resultaat bereikt, zodat de slotzin niet in strijd komt met de hierboven verdedigde functie van het eigendomsvoorbehoud, terwijl een dergelijke afwijkende afspraak bovendien niet het normaaltype eigendomsvoorbehoud weergeeft en mij tot slot niet als erg gangbaar voorkomt.

van de tegenprestatie vormt, maar voor het behoud van het voorwerp van de eigen prestatie. Dat is ook een vorm van zekerheid, maar een vorm van zekerheid van geheel andere aard dan een pandrecht. Treffend wordt dit alles door Mincke verwoord:

“[Z]ij [het eigendomsvoorbehoud; toevoeging EFV] biedt helemaal geen zekerheid voor betaling van de koopprijs. Het eigendomsvoorbehoud moet worden gezien in verband met een terugdraaien van de verbintenis en geeft de verkoper in dit verband – vooral in geval van faillissement van zijn debiteur – een voordelige positie. Dat kan men ook als een ‘zekerheid’ zien, maar deze zekerheid betreft niet de verwachtingen die de crediteur met de overeenkomst heeft verbonden, zij betreft de toestand *voor* het sluiten van de overeenkomst. Of: de mogelijke schade, die de crediteur door het aangaan van de overeenkomst zou kunnen lijden, wordt beperkt. Maar hij wordt niet van de vruchten van de overeenkomst verzekerd.”⁷⁷

Het eigendomsvoorbehoud biedt daarmee onmiskenbaar een vorm van zekerheid voor het geval de koper niet betaalt, maar de zekerheid heeft een *defensief* karakter: het eigendomsvoorbehoud garandeert uitsluitend behoud van het object van de eigen prestatieplicht totdat de tegenprestatie wordt verricht.⁷⁸ Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, is het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud daarmee niets anders dan het geldend maken of handhaven van de *exceptio non adimpleti contractus* met betrekking tot de verplichting tot eigendomsverschaffing. Het eigendomsvoorbehoud is geen instrument waarmee de prestatie van de wederpartij kan worden gerealiseerd, maar voorkomt slechts dat het voorwerp van de eigen prestatie reeds verloren gaat.⁷⁹ Weliswaar functioneert het eigendomsvoorbehoud daarmee ook als pressiemiddel om betaling van de koper af te dwingen,⁸⁰ maar met de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud kan die prestatie niet worden verkregen.⁸¹

De gedachte zou kunnen opkomen dat het eigendomsvoorbehoud zekerheid kan bieden voor een eventuele schadevergoedingsvordering, zodat de verkoper met het eigendomsvoorbehoud wel degelijk zijn winstverwachtingen die hij met het sluiten van de koopovereenkomst nastreeft, zou kunnen realiseren en het eigendomsvoorbehoud dus niet slechts een defensief zekerheidskarakter heeft. Die gedachte moet evenwel worden verworpen. Weliswaar kan het eigendomsvoorbehoud ook worden bedongen voor een eventuele schadevergoedingsvordering, die mede het positief contractsbelang omvat, maar het eigendomsvoorbehoud kan uit de aard der zaak geen zekerheid bieden voor deze winstverwachtingen van

⁷⁷ Mincke 1995, p. 176.

⁷⁸ Vgl. Heyning-Plate 1969, p. 5, J.E. Fesevur, *Retentierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988, p. 9 en Streefkerk 2013, nr. 7.2 onder b. Zie ook Pitlo 1942, p. 328: ‘De huurverkooper *blijft* eigenaar totdat hij de contraprestatie zal ontvangen hebben. Hier is een volledig eigendomsrecht, niet een zekerheidsrecht aanwezig. Wie in dezen voorbehouden eigendom een zekerheidsrecht ziet, gaat wel heel ver. Is het dan niet nog maar een kleine stap om te zeggen: iedere koop, waarbij de verkooper de zaak tot de betaling onder zich houdt, heeft een zekerheidsrecht ten gevolge?’

⁷⁹ Tiedtke 1980, p. 1480.

⁸⁰ Vgl. Schwab 2000, p. 610 en Streefkerk 2013, nr. 7.1.

⁸¹ Tiedtke 1980, p. 1480 en Henckel 1994, p. 214.

de verkoper. Een zodanige schadevergoedingsvordering heeft de verkoper namelijk indien de ontbinding van de koopovereenkomst ertoe leidt dat de verkoper in een nadeligere vermogenstoestand komt te verkeren dan bij nakoming het geval zou zijn (art. 6:277 BW). Een dergelijke schadevergoedingsvordering is derhalve slechts aan de orde indien nakoming van de koopovereenkomst voor de verkoper lucratiever is dan behoud van de verkochte zaak. Door middel van (de waarde van) de verkochte zaak zelf kan deze lucratievere vermogenspositie bij nakoming vanzelfsprekend niet worden gerealiseerd: de zaak kan immers nooit meer opleveren dan zij zelf waard is. Gewoonlijk zal de verkoper slechts een zodanige schadevergoedingsvordering hebben, indien de verkochte zaak na uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en ontbinding minder waard blijkt te zijn dan de koopprijs die de verkoper bij nakoming zou realiseren. Dezelfde voorbehouden eigendom, die de verkoper met de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud opvoert van de koper, kan daarvoor geen zekerheid bieden. Terecht stelt Mincke de retorische vraag: 'Hoe zou hij deze zaak, die toch al van hem is, nu nog als een zekerheid voor een andere vordering kunnen gebruiken?'⁸²

Dit betekent niet dat het zinledig is om een eigendomsvoorbehoud te bedingen ter zake van vorderingen wegens tekortschieten in de nakoming. Aldus kan de verkoper namelijk bijvoorbeeld bereiken dat hij ook eigenaar blijft totdat eventuele vertragingsschade door de koper wordt vergoed. De wetgever meende bovendien dat het bedingen van een eigendomsvoorbehoud voor de schadevergoedingsvordering met name nuttig was in het geval dat de door de koper verschuldigde tegenprestatie bestond uit iets anders dan de betaling van een geldsom. Indien de verbintenis van de koper zou worden omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW), zou de eigendomsovergang tevens afhankelijk zijn van de voldoening van deze prestatie.⁸³

Het verschil tussen een pandrecht en het voorbehouden eigendomsrecht openbaart zich met name in de verhouding tussen het (vermeende) zekerheidsobject en de (vermeende) geseceerde vordering.⁸⁴ Het eigendomsvoorbehoud biedt slechts indirect zekerheid voor de koopprijsvordering, in die zin dat het eigendomsvoorbehoud de ongedaanmaking garandeert, indien de koper de koopprijs niet voldoet.⁸⁵ Aangezien uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en bevrediging van de verkoper door betaling elkaar wederzijds uitsluiten,⁸⁶ kan de verkoper door uitoefening van het eigendomsvoorbehoud geen nakoming realiseren. De verkoper kan nimmer aanspraak maken op zowel betaling van de koopprijs, alsook op (de waarde van) de verkochte zaak. Zodra de verkoper de zaak

82 Mincke 1995, p. 176-177. Vgl. t.a.v. het verkopersprivilege ook Asser/Van Oven 3-III 1978, p. 35 en HR 8 februari 1918, *NJ* 1918, p. 336.

83 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

84 Zie Mayrhofer 1969a, p. 201: 'Der Eigentumsvorbehalt berechtigt zur Wegnahme der Sache unter Verzicht auf die Forderung, das Pfand zur Verwertung der Sache mit Anrechnung auf die fortbestehende Forderung.'

85 Vgl. Blomeyer 1968, p. 693, voetnoot 30, Müller 1970, p. 1210 en Huber 1987, p. 752.

86 Zie uitgebreid hoofdstuk 5, paragraaf 5.7.

(definitief) terugneemt, kan hij geen betaling meer afdwingen; heeft de koper daarentegen betaald, dan kan de verkoper geen aanspraak meer maken op de eigendom van de zaak.⁸⁷ Bij een gewoon zekerheidsrecht, zoals een pandrecht, is dit anders. Indien de pandgever de geseceerde vordering niet voldoet, is de pandhouder bevoegd de verpande zaak te verkopen om zich door middel van de opbrengst te voldoen. Indien de opbrengst voldoende is om de pandhouder te voldoen, dan gaat de vordering – door betaling – teniet. Is de opbrengst van de zaak daarentegen onvoldoende om de pandhouder te voldoen, dan blijft de vordering, anders dan bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, voor het overige bestaan.

2.8 Een tussenpositie in de literatuur

In de literatuur wordt door een aantal auteurs een standpunt verdedigd dat zich bevindt tussen de hier verdedigde opvatting van de voorbehouden eigendom als ‘echte’ eigendom en het eigendomsvoorbehoud als instrument dat de rechten van de verkoper bij ontbinding veiligstelt en de gangbare benadering van het eigendomsvoorbehoud en de voorbehouden eigendom als zekerheidsrecht of zekerheidseigendom.

Zo wordt door Schoordijk, Mezas en Vriesendorp verdedigd dat de voorbehouden eigendom gedurende de periode van onzekerheid en gedurende het in stand blijven van de koopovereenkomst de verkoper een zekerheidsrecht of zekerheidseigendom verschafft en dat pas de ontbinding van de koopovereenkomst tot gevolg heeft dat het zekerheidskarakter komt te vervallen en de eigendom (weer) een reëel karakter verkrijgt en ‘echte’ eigendom wordt.⁸⁸ Vriesendorp lijkt deze verandering van de aard van het eigendomsrecht te baseren op de omstandigheid dat de verkoper door de zaak te vervreemden aan de koper te kennen heeft gegeven dat hij uitsluitend nog geïnteresseerd is in de waarde van de zaak (nl. de koopprijs). Pas door ontbinding van de koopovereenkomst maakt de verkoper duidelijk dat hij niet meer uitsluitend belang heeft bij de waarde van de zaak zelf, maar ook belang bij behoud van de zaak zelf: hij ‘wil zich de vrijheid voorbehouden om met de zaak te doen en laten wat hij wil.’⁸⁹ Mezas lijkt belang te hechten aan de omstandigheid dat de verkoper gedurende het in stand blijven van de koopovereenkomst nog slechts eigenaar onder ontbindende voorwaarde is van betaling van de koopprijs, omdat daaruit het zekerheidskarakter van de voorbehouden eigendom zou blijken.⁹⁰

Ik acht deze benadering weinig overtuigend. De verkoper bedingt het eigendomsvoorbehoud juist om tot uitoefening te kunnen overgaan indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde koopprijs. De functie en het rechtskarakter van het eigendomsvoorbehoud worden daarmee bij uitstek bepaald door de wijze van uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en de rechtsgevolgen daarvan. Aangezien de uitoefening resulteert in ontbinding van

87 Vgl. Schürmann 1932, p. 46, Huber 1987, p. 752-753 en Peters 1980, p. 179.

88 Schoordijk 1959, p. 23, Schoordijk 1971, p. 470, Mezas 1985, p. 101-102, Vriesendorp 1985a, p. 157-161, Vriesendorp 1998, p. 29-32 en Vriesendorp 2010, p. 119-128.

89 Vriesendorp 2010, p. 126.

90 Mezas 1985, p. 102. In die richting ook Vriesendorp 1998, p. 31.

de koopovereenkomst en de koopprijsvordering dus tenietgaat, kan bezwaarlijk worden gezegd dat de voorbehouden eigendom tot het moment van uitoefening zekerheid biedt voor de verschuldigde koopprijs.⁹¹ Treffend wordt in een enigszins ander verband in de Oostenrijkse literatuur door Bydlinski opgemerkt dat de volledige functie van het eigendomsvoorbehoud zich pas manifesteert op het moment dat de koopprijsvordering door ontbinding tenietgaat, zodat niet gezegd kan worden dat de voorbehouden eigendom dient tot zekerheid van de desbetreffende vordering:

‘Ein dingliches Recht, das seine Wirkung am stärksten bei Wegfall einer bestimmten Forderung zeigt, kann auch im wirtschaftlichen Sinn (...) keine dieser Forderung bloß dienende Größe sein.’⁹²

Ook de omstandigheid dat het eigendomsrecht van de verkoper gedurende de periode van onzekerheid is beperkt tot een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde, biedt geen steun voor deze tussenpositie. Deze beperking van het eigendomsrecht grijpt namelijk niet plaats omdat het eigendomsrecht van de verkoper nog slechts een zekerheidskarakter heeft, maar volgt uit de systematiek van de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde. De beperking van het eigendomsrecht van de verkoper strekt ertoe te bewerkstelligen dat de koper door betaling van de verschuldigde koopprijs ook daadwerkelijk eigenaar wordt van de zaak, zonder dat hij daarvoor nog afhankelijk is van de verkoper. De beperking heeft zijn grondslag derhalve niet in het vermeende zekerheidskarakter, maar in de systematiek van voorwaardelijke beschikkingen.⁹³ Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat een dergelijke beperking van het eigendomsrecht niet uitsluitend plaatsvindt bij de overdracht onder eigendomsvoorbehoud, maar bij elke overdracht onder voorwaarde, dus onverschillig of de voorwaarde bestaat uit de betaling van een geldsom of iets anders.

2.9 De functie van het eigendomsvoorbehoud onder het oude recht

In de hier gepresenteerde opvatting strekt het bedingen van een eigendomsvoorbehoud ertoe de ongedaanmaking na ontbinding op goederenrechtelijke wijze te garanderen. Het bedingen van een eigendomsvoorbehoud leidt daarmee tot resultaten die grotendeels vergelijkbaar zijn met de terugwerkende kracht en de goederenrechtelijke werking van de ontbinding onder het oude recht. Men zou zich dan ook kunnen afvragen waarom het (eenvoudig) eigendomsvoorbehoud ook onder het oude recht veelvuldig werd bedongen, als de goederenrechtelijke

⁹¹ Vgl. ook in deze richting S.C.J.J. Kortmann, ‘De relationele bepaaldheid der eigendom en de eigendom van vorderingen’, *AA* 1973, p. 436.

⁹² Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 652.

⁹³ Zie uitgebreid hoofdstuk 8, paragraaf 8.2.

werking van de ontbinding reeds de functie van het eigendomsvoorbehoud vervulde. Slechts een gering verschil is dat de ontbinding van de overeenkomst onder het oude recht in beginsel diende te geschieden door rechterlijke tussenkomst, omdat daarvan in de praktijk veelvuldig werd afgeweken.⁹⁴

Volgens Schoordijk is de meerwaarde van het eigendomsvoorbehoud ten opzichte van de ontbinding met goederenrechtelijke werking en terugwerkende kracht gelegen in de omstandigheid dat de verkoper door uitoefening van het eigendomsvoorbehoud de rechtsbetrekking met de koper, ondanks diens tekortschieten, in stand kon laten, zodat de koper de mogelijkheid had zijn verzuim te zuiveren en alsnog na te komen.⁹⁵ De functie van het eigendomsvoorbehoud is er volgens hem dan ook in gelegen dat de verkoper zich door middel van uitoefening van het eigendomsvoorbehoud weer in de situatie kan brengen waarin hij een beroep op de *exceptio non adimpleti contractus* kan doen. De juistheid van deze zienswijze hangt af van de vraag of de verkoper kan overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, zonder de koopovereenkomst te ontbinden. In hoofdstuk 5 wordt betoogd dat de verkoper deze mogelijkheid in beginsel niet heeft, zodat het verschil tussen beide figuren niet daarin kan worden gezocht.

De vraag wat het verschil is tussen het bedingen van een eigendomsvoorbehoud en goederenrechtelijke werking en terugwerkende kracht van de ontbinding komt in wezen neer op de vraag wat het verschil is tussen een eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde en een eigendomsoverdracht onder ontbindende voorwaarde. De goederenrechtelijke werking en de terugwerkende kracht van de ontbinding werden onder het oude recht immers geconstrueerd als een ontbindende voorwaarde van niet-nakoming (art. 1302 BW (oud)).

Het verschil tussen beide constructies is met name gelegen in de positie van de betrokkenen gedurende de periode van onzekerheid.⁹⁶ In geval van een eigendomsoverdracht onder ontbindende voorwaarde – daaronder begrepen een overdracht onder ontbindende voorwaarde van niet-nakoming, zoals bedoeld in artikel 1302 BW (oud) – is de koper in de tussentijd eigenaar (onder ontbindende voorwaarde). De verkoper kan weliswaar zijn eigendom op goederenrechtelijke wijze terugkrijgen door middel van ontbinding van de koopovereenkomst, maar in de tussentijd is de koper eigenaar en komen aan hem de eigenaarsbevoegdheden toe. De eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde stelt de verkoper derhalve in staat de bevoegdheden van de koper op goederenrechtelijke wijze aan banden te leggen: de verkoper blijft eigenaar (onder ontbindende voorwaarde), en de koper kan zijn rechten met betrekking tot de zaak in beginsel enkel ontlenen aan de tussen hem en de verkoper gesloten koopovereenkomst.⁹⁷

94 Zie bijv. Scholten 1906, p. 94, Brahn 1983, p. 32 en Vriesendorp 1985a, p. 9.

95 Schoordijk 1971, p. 458 en p. 460, voetnoot 18. Vanwege de terugwerkende kracht van de ontbinding was onder het oude recht namelijk onduidelijk of de schuldenaar zijn verzuim kon zuiveren. Zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 300-301 en p. 1003 i.v.m. ontbinding. Vgl. voorts Vriesendorp 1985a, p. 64-65.

96 Zie Scholten 1906, p. 97.

97 Zij het dat aan de koper op grond van de *Vorwirkung* van de voorwaardelijke overdracht bepaalde goederenrechtelijke bevoegdheden toekomen. Zie daarover hoofdstuk 8, paragraaf 8.4.2. Deze bevoegdheden conflicteren in beginsel echter niet met het eigendomsrecht van de verkoper.

Tot slot is een verschil tussen de goederenrechtelijke werking van de ontbinding en het eigendomsvoorbehoud dat de eigendomsovergang door middel van een verbreed eigendomsvoorbehoud ook afhankelijk worden gemaakt van de voldoening van andere vorderingen.⁹⁸

2.10 Afschaffing goederenrechtelijke werking ontbinding en eigendomsvoorbehoud

Hiervoor is geconstateerd dat het eigendomsvoorbehoud per saldo bewerkstelligt dat de ongedaanmakingsvordering na ontbinding een goederenrechtelijk karakter heeft. Daarmee vertoont het eigendomsvoorbehoud een zekere gelijkenis met de werking van de ontbinding onder het oude recht.⁹⁹ Door de constructie van de ontbindende voorwaarde van niet-nakoming in artikel 1302 BW (oud) en het samenspel van de aan de vervulling van de voorwaarde verbonden terugwerkende kracht en het causale stelsel van overdracht, bewerkstelligde de ontbinding dat achteraf gezien aan de overdracht geen geldige titel ten grondslag lag.

In het huidige recht is de constructie als veronderstelde ontbindende voorwaarde afgeschaft en uitdrukkelijk vastgelegd dat de ontbinding geen terugwerkende kracht heeft (art. 6:269 BW). Bovendien heeft de ontbinding geen goederenrechtelijke werking meer (vgl. art. 6:271 BW). De vraag dringt zich op waarom de wetgever de goederenrechtelijke werking van de ontbinding heeft afgeschaft, maar tegelijkertijd het eigendomsvoorbehoud heeft gehandhaafd en zelfs wettelijk heeft verankerd, nu met het eigendomsvoorbehoud grotendeels vergelijkbare resultaten worden gerealiseerd als met de goederenrechtelijke werking van de ontbinding. De wetgever had bezwaren tegen de terugwerkende kracht en de goederenrechtelijke werking van de ontbinding. De afschaffing van de terugwerkende kracht is volgens de wetgever 'van zuiver technische, niet van principiële aard'.¹⁰⁰ Dat verwondert enigszins, omdat slechts een aantal zinnen daarvoor wordt opgemerkt dat de terugwerkende kracht in nauw verband staat met de goederenrechtelijke werking, die 'zo hinderlijk [is] in haar werking tegenover derden'.¹⁰¹ De wetgever had daarbij met name de positie van verkrijgers

⁹⁸ Zie Vriesendorp 1985a, p. 133, die de meerwaarde van het eigendomsvoorbehoud onder het oude recht vooral lijkt te zoeken in de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te bedingen voor overige vorderingen.

⁹⁹ Vgl. Vriesendorp 1998, p. 31 die opmerkt dat de ontbinding door het voorbehouden van het eigendomsrecht goederenrechtelijke werking heeft. Vgl. V.V. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1011 en M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 7: 'Indien bij koop en verkoop op eenvoudig crediet bedongen wordt, dat bij wanprestatie door den koper de overeenkomst zonder rechterlijke tussenkomst zal zijn ontbonden, treden gevolgen in, welke in menig opzicht te vergelijken zijn met die van het eigendomsvoorbehoud.' Zo ook Scholten 1906, p. 94. Zie ook de notitie van W. Sijnders betreffende artikelen 3.4.2.3a en 3.4.2.5 naar aanleiding van recente literatuur d.d. 11 december 1981, p. 5, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 724: '[H]et komt neer op een bedongen ontbindingsbevoegdheid met zakelijke werking.'

¹⁰⁰ T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1003.

¹⁰¹ T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1003.

onder bijzondere titel voor ogen, die hun rechtsverkrijging met terugwerkende kracht verloren zagen gaan door de goederenrechtelijke werking van de ontbinding.¹⁰²

Op dit punt onderscheidt het eigendomsvoorbehoud zich van de goederenrechtelijke werking van de ontbinding als uitvloeisel van de terugwerkende kracht. In geval van een eigendomsvoorbehoud bestaat gedurende de periode van onzekerheid duidelijkheid over de rechtsposities van de betrokkenen: de verkoper blijft eigenaar en de koper is beschikkingsonbevoegd. Bij de constructie van de goederenrechtelijke werking aan de hand van terugwerkende kracht van de vervulling van de ontbindende voorwaarde van niet-nakoming, is dit anders. De koper wordt in eerste instantie wel degelijk eigenaar en kan de zaak als beschikkingsbevoegde vervreemden aan derden, maar bij niet-nakoming komt zijn beschikkingsbevoegdheid met terugwerkende kracht te ontvallen, doordat aan de overdracht geacht wordt nimmer een geldige titel ten grondslag te hebben gelegen. Het is vermoedelijk deze onzekerheid die de wetgever zo hinderlijk achtte tegenover derden.

Daarmee laat zich echter niet volledig verklaren waarom het eigendomsvoorbehoud in het huidige recht is gehandhaafd en wettelijk is verankerd, terwijl tegelijkertijd de terugwerkende kracht en goederenrechtelijke werking van de ontbinding is afgeschaft. Zo werd het hiervoor gesignaleerde verschil in uitgangspunt – van meet af aan nog geen eigenaar versus achteraf fingeren alsof de koper geen eigenaar is geweest – met betrekking tot roerende zaken in de loop der tijd weggepoetst in de rechtspraak, door derden op vergelijkbare wijze te beschermen tegen een ontbindende voorwaarde van wanprestatie, een reclamerecht of een bedongen eigendomsvoorbehoud.¹⁰³ Een dergelijke gelijksoortige behandeling in de rechtspraak verwondert niet, wanneer men bedenkt dat dit verschil in uitgangspunt tussen eigendomsvoorbehoud en ontbinding met terugwerkende kracht en goederenrechtelijke werking voor derden veelal niet inzichtelijk is.

In de literatuur is meermaals geconstateerd dat het uit het oogpunt van consistentie voor de hand zou liggen het eigendomsvoorbehoud, maar ook het recht van reclame te schrappen, gelet op de verwantschap tussen de rechtsgevolgen van ontbinding en deze figuren.¹⁰⁴ Zo merkte Schoordijk op ‘dat de wetgever vanuit zijn rechtspolitieke optiek zakelijke werking aan een ontbinding inhoudend, zulks teneinde de crediteuren te beschermen, hieraan een verdere consequentie dient te verbinden, door én de eigendomsvoorbehoud-clausule én het voorrecht van de verkoper én het recht van reclame te schrappen.’¹⁰⁵ Daarbij

102 Naast de ‘hinderlijkheid’ in haar werking jegens derden werd in de literatuur de doorbreking van de *paritas creditorum* ook als bezwaar aangevoerd tegen de terugwerkende kracht en goederenrechtelijke werking van de ontbinding. Zie bijv. Van Oven 1911, p. 14. Voor de wetgever lijkt dit geen rol te hebben gespeeld. Zie Brahn 1974, p. 5, Fikkers 1992, p. 66-72 en Bakels 1993, p. 63. Anders: Snijders 1980, p. 188. Zie over de verhouding tussen het eigendomsvoorbehoud en de *paritas creditorum* hierna in hoofdstuk 3.

103 Zie HR 6 januari 1961, *NJ* 1962, 19 m.nt. L.E.H. Rutten (*Seneca/Forumbank*), HR 12 juni 1970, *NJ* 1971, 203 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Philippens/OMSA*) en HR 29 juni 1979, *NJ* 1980, 133 m.nt. W.M. Kleijn (*Hoogovens/Matex*).

104 Zie Brahn 1974, p. 8-10, Schoordijk 1979, p. 543, Fikkers 1992, p. 72-78 en – t.a.v. het reclamerecht – Verstijlen 2006, p. 1184. Het Belgische recht hanteerde voorheen een zodanige gelijkschakeling tussen de mogelijkheid van ontbinding en uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Aangezien de ontbinding in geval van samenloop niet met goederenrechtelijke werking kon worden tegengeworpen aan de schuldeisers van de koper, werd hetzelfde aangenomen voor het eigendomsvoorbehoud. Zie E. Dirix, ‘Eigendomsvoorbehoud’, *RW* 1997-1998, p. 481.

105 Schoordijk 1979, p. 543.

ging het Schoordijk niet daadwerkelijk om de afschaffing van deze rechten, maar vooral om de volgens hem bestaande inconsequentie, waarvoor hij de oplossing met name zocht in het in ere herstellen van de terugwerkende kracht en de goederenrechtelijke werking van de ontbinding.¹⁰⁶

Hoe laat zich – ondanks deze bezwaren uit de literatuur – verklaren dat de terugwerkende kracht en goederenrechtelijke werking van de ontbinding zijn afgeschaft, terwijl het eigendomsvoorbehoud en ook het recht van reclame tegelijkertijd zijn gehandhaafd? Zoals uit het betoog van Schoordijk reeds blijkt, werd de kwestie van de afschaffing of handhaving van de terugwerkende kracht in verband gebracht met de positie van schuldeisers en met het zekerhedenrecht in het algemeen. Volgens Bakels werd de vraag naar afschaffing of handhaving van de terugwerkende kracht daarmee onderdeel van een bredere discussie, namelijk die over het fiduciaverbod, de sterkte van het vuistloze pandrecht en de vraag of oude financieringspatronen konden worden gecontinueerd onder het nieuwe recht.¹⁰⁷ In dat verband werd, aldus nog steeds Bakels, de nieuwe ontbindingsregeling een argument ter geruststelling van met name het Genootschap van Bedrijfsjuristen, dat vreesde dat de positie van de vuistloze pandhouder slechter zou zijn dan die van de zekerheidseigenaar.

‘Verder wordt de positie van de bezitloze pandhouder jegens derden met een ouder recht in zoverre sterker dat het anders dan de huidige zekerheidseigendom bestand is tegen ontbinding wegens wanprestatie van de overeenkomst op grond waarvan de schuldenaar het verpande goed verkreeg, nu een zodanige ontbinding in het nieuwe wetboek geen zakelijke werking meer heeft.’¹⁰⁸

Toen eenmaal het debat over het nieuwe zekerhedenrecht ten einde was gekomen, bestond er volgens Bakels geen reden meer om de rechtsgevolgen van de nieuwe ontbindingsregeling nog zelfstandig aan de orde te stellen.¹⁰⁹ De inconsistentie in de wettelijke regeling werd volgens hem vervolgens op de koop toegenomen.

Het valt te betwijfelen of het inderdaad deze korte passage is die het pleit ten gunste van de nieuwe ontbindingsregeling heeft beslecht, waardoor de inconsequente wettelijke regeling is gehandhaafd. Ogenschijnlijk hanteert de wetgever een cirkelredenering met betrekking tot de rechtvaardiging van het eigendomsvoorbehoud en het reclamerecht. De wetgever benadrukt het bestaansrecht van deze figuren met als argument dat aan het recht van reclame en het eigendomsvoorbehoud (temeer) behoefte is, omdat de goederenrechtelijke werking van de ontbinding is afgeschaft, terwijl dezelfde wetgever deze goederenrechtelijke werking van de ontbinding juist zo hinderlijk acht.¹¹⁰ Bij nadere bestudering is van een cirkelredenering evenwel geen sprake. De wetgever rechtvaardigt het eigendomsvoorbehoud en het recht van reclame door te wijzen op de

¹⁰⁶ Zie Schoordijk 1971, p. 471-472 en Schoordijk 1986, p. 309. Zie ook Fikkers 1992, p. 75-76.

¹⁰⁷ Bakels 1993, p. 60-65.

¹⁰⁸ M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1198.

¹⁰⁹ Bakels 1993, p. 65.

¹¹⁰ Vgl. Fikkers 1992, p. 77-78 en p. 83-84.

omstandigheid dat de noodzaak van deze figuren groter is, doordat de ontbinding geen terugwerkende kracht meer heeft.¹¹¹ Tegelijkertijd merkt de wetgever op dat de positieve aspecten die aan de terugwerkende kracht en de goederenrechtelijke werking van de ontbinding waren verbonden nog altijd kunnen worden gerealiseerd, maar op een andere wijze, namelijk door middel van het eigendomsvoorbehoud en het recht van reclame.

Van een inconsistentie of inconsequente regeling is daarmee geenszins sprake.¹¹² De wetgever heeft een adequate balans gevonden door enerzijds de rechtsgevolgen van de terugwerkende kracht en de goederenrechtelijke werking van de ontbinding op een andere wijze alsnog te realiseren, in de gevallen waarin hij dergelijke rechtsgevolgen wenselijk achtte, maar heeft tegelijkertijd door middel van de afschaffing van de goederenrechtelijke werking en de terugwerkende kracht een einde gemaakt aan de ongewenste rechtsgevolgen van de terugwerkende kracht en de goederenrechtelijke werking.¹¹³ Aldus is afstand genomen van de nadelige effecten van de terugwerkende kracht en de ontbinding, maar worden de positieve aspecten bereikt door middel van andere figuren, zoals het eigendomsvoorbehoud en het recht van reclame. Het eigendomsvoorbehoud en het recht van reclame vormen daarmee een genuanceerd alternatief voor de goederenrechtelijke werking van de ontbinding. Daarnaast speelden ook de gebruikelijkheid van de beide rechtsfiguren en de wens van het bedrijfsleven een rol.¹¹⁴

In het volgende hoofdstuk komt de vraag aan de orde of het ook gerechtvaardigd is dat de wetgever het eigendomsvoorbehoud (en het recht van reclame) als wenselijke figuur beschouwde waarmee de rechtsgevolgen van de terugwerkende kracht en de goederenrechtelijke werking op andere wijze kunnen worden gerealiseerd. Aldus heeft de wetgever de onbetaald gebleven verkoper namelijk een bijzondere (voorrangs)positie verschaft ten opzichte van de overige schuldeisers van de koper.

2.11 Het verbreed eigendomsvoorbehoud

De hiervoor geschetste benadering van de functie van het eigendomsvoorbehoud ligt in het verlengde van de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de oorspronkelijke regeling van het eigendomsvoorbehoud. De verkoper kon de eigendom uitsluitend voorbehouden ‘ter zake van een tezelfdertijd overeengekomen tegenprestatie.’ Daarmee blijkt duidelijk dat de centrale functie van het eigendomsvoorbehoud gelegen is in de handhaving van de wederkerigheid van de beide prestaties uit de contractuele verhouding. In 1985 heeft de regeling van het eigendomsvoorbehoud haar huidige vorm gekregen en is het type vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud rechtsgeldig kan worden bedongen,

111 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388, V.V. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1011, T.M., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 279.

112 Vgl. M.v.A. II *Inv.*, *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1199.

113 Zie voor voorbeelden van dergelijke ongewenste rechtsgevolgen T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1002-1003.

114 Zie V.V. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1007-1008, M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1011 en T.M., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 277-278. Vgl. Fikkers 1992, p. 81 e.v. en Verstijlen 2006, p. 1184.

uitgebreid. De oorspronkelijke beperking tot de door de koper verschuldigde tegenprestatie was ingegeven door het fiduciaverbod:

‘Dit alles [de rechtvaardiging voor het eigendomsvoorbehoud; toevoeging EFV] geldt echter slechts, zolang het om een vordering ter zake van de terzelfder tijd bedongen tegenprestatie gaat: in de regel dus de koopprijs (...). Het geldt echter niet, indien de verkoper zou hebben bedongen dat het eigendomsvoorbehoud ook tot zekerheid van andere vorderingen zal strekken. Met betrekking tot deze laatste vorderingen onderscheidt hij zich immers niet van andere schuldeisers. Door voormeld beding zou de verkoper zich ten onrechte voor die andere vorderingen een eigendom tot zekerheid kunnen verschaffen, die voor andere schuldeisers is uitgesloten wegens artikel 2 lid 3 [art 3:84 lid 3 BW; toevoeging EFV] dat aan eigendomsoverdracht tot zekerheid in de weg staat. De ratio van artikel 2 lid 3 brengt mee dat dit niet mogelijk moet zijn.’¹¹⁵

Tegen deze achtergrond zou men kunnen twijfelen of het eigendomsvoorbehoud nog wel de hiervoor verdedigde functie heeft, nu het ook kan worden bedongen voor andere vorderingen dan de uit dezelfde koopovereenkomst voortvloeiende tegenprestatie.

Juist is de opmerking in het aangehaalde citaat dat de uitbreiding van het aantal vorderingen op gespannen voet staat met het daarvoor als rechtvaardiging voor het bestaansrecht van het eigendomsvoorbehoud genoemde argument dat het eigendomsvoorbehoud de rechten van de verkoper bij ontbinding veiligstelt. Indien het eigendomsvoorbehoud wordt bedongen voor een andere vordering dan de directe tegenprestatie, fungeert het eigendomsvoorbehoud niet als waarborg van het wederkerige karakter van de koopovereenkomst, aangezien van tegenover elkaar staande verplichtingen geen sprake is. Het verbreed eigendomsvoorbehoud strekt derhalve verder dan het waarborgen dat de verkoper het voorwerp van zijn eigen prestatie terugontvangt als de koper in gebreke blijft met de voldoening van de daartegenover staande prestatie. In het algemeen vormt de omstandigheid dat de wederpartij een andere vordering – dat wil zeggen: een niet uit de desbetreffende overeenkomst voortvloeiende vordering – niet voldoet, geen grond voor ontbinding van de desbetreffende overeenkomst. Een tekortschieten in de nakoming van overeenkomst A is gewoonlijk geen reden voor ontbinding van overeenkomst B.¹¹⁶

Anders dan de wetgever in het hierboven aangehaalde citaat lijkt te suggereren, maakt de mogelijkheid van een verbreding van het eigendomsvoorbehoud echter niet dat (ter zake van de overige vorderingen) sprake is van een vorm van zekerheidseigendom.¹¹⁷ Daarvoor is redengevend dat de techniek van uitoefening van een verbreed eigendomsvoorbehoud niet verschilt van die van een eenvoudig eigendomsvoorbehoud. De wetgever heeft het verbreed eigendomsvoorbehoud namelijk simpelweg in het keurslijf van het eenvoudig eigendomsvoorbehoud gedrongen, door het type vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud kan worden bedongen uit te breiden in lid 2 van artikel 3:92 BW. Daarbij heeft de

¹¹⁵ M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

¹¹⁶ Vgl. Reehuis 2013, nr. 37.

¹¹⁷ Zo echter Mezas 1985, p. 10-11, R.D. Vriesendorp, ‘Het eigendomsvoorbehoud en het overgangsrecht NBW’, *Advocatenblad* 1985, p. 436, L.C.A. Verstappen, ‘Financiering door de verkoper: hypotheek of voorwaardelijke levering?’, *WPNR* 1993 (6083), p. 162 en Mincke 1995, p. 176, voetnoot 9. Vgl. ook Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 171.

wetgever een pragmatische aanpak gekozen om de onwenselijke consequenties te ondervangen die zouden ontstaan bij gebreke van de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te verbreden.¹¹⁸

Wat betreft structuur, functie en techniek van uitoefening verschilt het verbreed eigendomsvoorbehoud daarmee op geen enkel punt van het eenvoudig eigendomsvoorbehoud. Ook voor de uitoefening van het verbreed eigendomsvoorbehoud geldt namelijk dat de verkoper de koopovereenkomst dient te ontbinden, waarin het eigendomsvoorbehoud is bedongen. Daardoor bevrijdt de verkoper zich van zijn verplichting tot eigendomsverschaffing en kan hij de zaak als eigenaar onder de koper opvorderen. De meerwaarde die het verbreed eigendomsvoorbehoud aan de verkoper biedt, is gelegen in het feit dat de verkoper de mogelijkheid heeft om de koopovereenkomst ook te ontbinden vanwege het feit dat de koper een andere prestatie, die zelfs niet haar grondslag hoeft te hebben in de desbetreffende koopovereenkomst, niet heeft voldaan. Door middel van het verbreed eigendomsvoorbehoud breidt de verkoper derhalve zijn ontbindingsmogelijkheden uit, hetgeen op grond van de contractsvrijheid in beginsel toelaatbaar is. Artikel 3:92 lid 2 BW verschaft een dergelijke afspraak vervolgens ook op goederenrechtelijk niveau geldigheid, doordat de bepaling het toestaat dat ook de eigendom wordt voorbehouden voor de in het artikellid genoemde vorderingen.

Onder het oude recht is wel verdedigd dat de uitoefening van een verbreed eigendomsvoorbehoud in tegenstelling tot het eenvoudig eigendomsvoorbehoud zou moeten geschieden overeenkomstig de regels die gelden voor pandrecht, omdat per saldo nog slechts sprake zou zijn van zekerheidseigendom.¹¹⁹ In hoofdstuk 6 wordt betoogd dat deze benadering niet past bij de omstandigheid dat het eigendomsvoorbehoud is ingebed in een koopovereenkomst, op grond waarvan de verkoper zich verplicht tot overdracht van de verkochte zaak en op grond waarvan de koper het recht heeft de zaak onder zich te hebben.¹²⁰ Indien de uitoefening van het verbreed eigendomsvoorbehoud niet gepaard zou gaan met ontbinding van de koopovereenkomst, zou de verkoper verplicht blijven tot eigendomsoverdracht. De verkoper zou de zaak strikt genomen tot in lengte van jaren beschikbaar moeten houden, omdat nakoming van de koper nog mogelijk is.¹²¹ Indien de executie van de verkochte zaak derhalve zou resulteren in een volledige bevrediging van de verkoper, zou hij bovendien tekortschieten in de nakoming van diens verplichting tot eigendomsverschaffing.

Iets anders laat zich slechts verdedigen indien men de koopovereenkomst bij een verbreed eigendomsvoorbehoud na betaling van de koopprijs door de koper, geheel buiten beschouwing laat. Een dergelijke weg is het Duitse recht ingeslagen met betrekking tot het *erweiterte Eigentumsvorbehalt*. In de Duitse literatuur en rechtspraak wordt aangenomen dat het eigendomsvoorbehoud na betaling van de koopprijs van kleur verschiet, in die zin dat het vanaf dat moment wordt beschouwd als een vorm van zekerheidseigendom.¹²² In hoofdstuk 6 zal

118 Zie hierna in hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.1.

119 De Groot 1977, p. 649 en Mezas 1985, p. 10-11.

120 Zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.5.1.

121 Vgl. Scholten 1906, p. 93.

122 Zie bijv. MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 48 InsO, Rn. 93 en Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 34 en BGH 10 februari 1971, *NJW* 1971, 799: 'In einem derartigen Falle erfüllt der erweiterte Eigentumsvorbehalt die Aufgabe, die im allgemeinen einer Sicherungsübereignung zukommt, denn er dient der dinglichen Sicherung von Forderungen, die nicht den Sicherungsgegenstand betreffen.'

nader op deze benadering worden ingegaan en wordt betoogd dat het niet alleen moeilijk is dit rechtsgevolg sluitend te onderbouwen, maar dat deze constructie bovendien voor het Nederlandse recht niet gevolgd zou moeten worden.¹²³

Uit de wijze van uitoefening van het verbreed eigendomsvoorbehoud blijkt bovendien dat het, anders dan de wetgever suggereert, niet zozeer de voorbehouden eigendom is die zekerheid biedt voor de voldoening van de overige vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen, maar de reeds door de koper betaalde som geld. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Een verkoper verkoopt een machine voor € 1000,- en installeert deze machine ook voor € 250,-. In dat kader bedingt hij een eigendomsvoorbehoud voor beide vorderingen. Indien de koper de koopprijs volledig heeft betaald, maar in gebreke blijft met de voldoening van de resterende € 250,-, kan de verkoper overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Noodzakelijk is daarvoor dat hij de koopovereenkomst ontbindt, omdat de koper aan die koopovereenkomst het recht ontleent om de machine onder zich te hebben en de verkoper zich aldus bovendien bevrijdt van zijn verplichting tot eigendomsverschaffing. Door de ontbinding van de koopovereenkomst ontstaan er ongedaanmakingsverbintenissen (art. 6:271 BW). De koper is verplicht de zaak teug te geven aan de verkoper. Zoals hiervoor is opgemerkt, kan de verkoper met een eigendomsvoorbehoud deze ongedaanmakingsvordering realiseren door middel van zijn revindicatievordering, door de zaak simpelweg als eigenaar op te vorderen onder de koper (art. 5:2 BW). De verkoper is verplicht de koper de betaalde koopprijs (€ 1000,-) te restitueren. Tegelijkertijd heeft de verkoper nog een vordering van € 250,- op de koper vanwege de installatie van de machine. Verrekening van beide vorderingen heeft tot gevolg dat de verkoper verplicht is de koper slechts € 750,- te restitueren aan de koper.

Uit dit voorbeeld blijkt dat de verkoper door uitoefening van het eigendomsvoorbehoud nooit voldoening van de koopprijs kan bewerkstelligen: uitoefening leidt tot tenietgaan van de koopprijsvordering. Duidelijk wordt bovendien dat de meerwaarde van het verbreed eigendomsvoorbehoud gelegen is in het feit dat de door de koper reeds betaalde koopprijs zekerheid biedt voor de verkoper, doordat hij hiermee een verrekeningsmogelijkheid creëert op het moment dat de koper de overige vorderingen niet voldoet en de verkoper overgaat tot uitoefening van het verbreed eigendomsvoorbehoud. Het is aldus de betaalde koopprijs die bij het verbreed eigendomsvoorbehoud zekerheid biedt voor de voldoening van de overige vorderingen en niet de verkochte zaak zelf.

Men kan de verbreding van het eigendomsvoorbehoud om verschillende redenen problematisch achten, maar niet vanwege het feit dat de verkoper door de verbreding een vorm van zekerheidseigendom verkrijgt. Het verbreed eigendomsvoorbehoud heeft namelijk geen andere functie dan het eenvoudig eigendomsvoorbehoud. Kritiek zou men kunnen hebben vanwege het feit dat de verbreding een niet goed te rechtvaardigen uitbreiding vormt van de wederkerigheidsband, doordat de verkoper zijn verplichting tot eigendomsverschaffing ook opschort voor andere vorderingen. Daarmee verschaft de verkoper zich een positie

¹²³ Zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.5.2.

die voor andere schuldeisers, die niet in de gelegenheid zijn om een eigendomsvoorbehoud te bedingen, is uitgesloten.¹²⁴ Een schuldeiser die een machine installeert, zonder tegelijkertijd ook de desbetreffende machine te verkopen, is niet in staat zich de hierboven beschreven verrekeningsmogelijkheid te creëren. Daarbij dient evenwel bedacht te worden dat vergelijkbaars geldt voor degene die in de positie is om een voorbehouden pandrecht te bedingen. De daaruit voortvloeiende voorrang berust ook op een toevalligheid.¹²⁵ Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde komt, valt de mogelijkheid van verbreding van het eigendomsvoorbehoud uitsluitend te rechtvaardigen vanwege de moeilijkheden die bij gebreke van een dergelijke mogelijkheid zouden kunnen ontstaan bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud.

Van belang is dat deze kritiek uitsluitend de rechtvaardiging voor het verbreed eigendomsvoorbehoud ten opzichte van de overige schuldeisers van de koper betreft. Zij komt in het volgende hoofdstuk aan de orde. Deze kritiek geldt echter niet voor de *functie* van het verbreed eigendomsvoorbehoud. Het verbreed eigendomsvoorbehoud heeft namelijk geen andere functie dan het eenvoudig eigendomsvoorbehoud: zij handhaaft de wederkerigheid van de tegenover elkaar staande verplichtingen, waarbij dan bedacht moet worden dat de wetgever partijen de ruimte laat om deze wederkerigheidsband breed vorm te geven. Door het overeenkomen van het verbreed eigendomsvoorbehoud geven partijen te kennen dat zij bepaalde verplichtingen, die gewoonlijk niet als wederkerig hebben te gelden, desalniettemin als tegenover elkaar staande prestaties beschouwen. Deze bevoegdheid hebben partijen op grond van de partijautonomie, terwijl uit artikel 3:92 lid 2 BW vervolgens kan worden afgeleid dat de wetgever een dergelijke partijafpraak op goederenrechtelijk niveau ook sanctioneert.

2.12 Het belang bij behoud van de zaak

Vanwege het feit dat het eigendomsvoorbehoud niet tot zekerheid strekt van de koopprijsvordering, maar de rechten van de verkoper bij ontbinding van de koopovereenkomst veiligstelt, komt het eigendomsvoorbehoud niet in strijd met (de strekking van) het fiduciaverbod. Het eigendomsvoorbehoud biedt geen zekerheid voor de voldoening van de koopprijs, maar strekt tot behoud van het voorwerp van de eigen prestatieplicht. Daarmee is het belang van de verkoper bij

¹²⁴ Zie voor een nadere uitwerking hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.

¹²⁵ Door Reehuis 1987, p. 205 en Reehuis 2013, nr. 35 wordt echter (voorzichtig) verdedigd dat de beperking van lid 2 van art. 3:92 BW ook geldt in het kader van het voorbehouden van een vuistloos pandrecht. Daartegen pleit dat de positie van de verkoper als vuistloos pandhouder niet problematisch is in het licht van de strekking van lid 2, namelijk (volgens de wetgever) het tegengaan van *eigendom* tot zekerheid en in het verlengde daarvan (zie nader hoofdstuk 3, paragraaf 3.5 en hoofdstuk 6, paragraaf 6.6) de bescherming van de koper die de koopprijs reeds volledig heeft voldaan. Weliswaar berust de rang van het pandrecht van de verkoper op de toevalligheid dat hij voorheen eigenaar was, maar dat is geen bezwaar tegen het voorbehouden pandrecht. De mogelijkheid om voorrang te verkrijgen ten opzichte van overige schuldeisers berust namelijk dikwijls op een toevalligheid. Terecht wordt de mogelijkheid van een voorbehouden pandrecht voor vorderingen die buiten de reikwijdte van art. 3:92 lid 2 BW vallen dan ook aanvaard door bijv. Mezas 1985, p. 148, Vriesendorp 1985b, p. 536, Bruijn & Maas 1990, p. 687, Brahn 1991, p. 145, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 491 en Asser/Van Mierlo 3-IV 2016, nr. 538.

behoud van de zaak zelf gegeven. Zijn belang overstijgt het belang om zich te kunnen verhalen op de zaak, omdat hij vóór de transactie met de koper ook al (volledig) eigenaar was en aldus vrijelijk over de zaak kon beschikken.¹²⁶ Het belang bij behoud van de zaak zelf komt bovendien tot uitdrukking in het feit dat de verkoper in de regel juist van het vervreemden van dergelijke zaken zijn bedrijf heeft gemaakt. Het belang bij behoud van het eigendomsrecht manifesteert zich daarmee in de omstandigheid dat de verkoper de zaak hernieuwd kan benutten in zijn bedrijfsuitoefening, door de zaak te vervreemden aan een ander.¹²⁷

Daaruit blijkt ook dat niet gezegd kan worden dat het eigendomsvoorbehoud slechts een middel is om via een omweg een zekerheidsrecht te bereiken, zoals Hübner meent. Volgens hem is het eigendomsvoorbehoud uitsluitend tot ontwikkeling gekomen omdat het Duitse recht voor de verpanding vereist dat de zaak uit de macht van de pandgever wordt gebracht.¹²⁸ Het huidige Nederlandse recht illustreert de onjuistheid van deze aanname. Ook nu het Nederlandse recht de vuistloze verpanding toestaat, kiezen verkopers voor het eigendomsvoorbehoud, omdat het eigendomsvoorbehoud andere belangen van de verkoper waarborgt dan het belang bij voldoening van de koopprijsverdering.¹²⁹

Het belang van de verkoper bij behoud van de zaak zelf moet echter ook niet worden overschat. Doordat de verkoper de zaak aan de koper vervreemdt, geeft hij te kennen dat hij meer belang hecht aan verkrijging van de koopprijs van de zaak, dan aan behoud van de zaak zelf. Dat neemt echter niet weg dat de verkoper er belang bij heeft om, zodra blijkt dat de koper niet in staat is om de verschuldigde koopprijs te voldoen, de zaak te kunnen terugvorderen om haar vervolgens hernieuwd aan een ander te kunnen vervreemden. Niet goed valt namelijk in te zien waarom de enkele omstandigheid dat de verkoper met de vervreemding te kennen heeft gegeven dat hij meer belang heeft bij verkrijging van de tegenwaarde van de zaak, dan bij de zaak zelf, zou betekenen dat zijn belang daarmee zou zijn gereduceerd tot het belang van een zekerheidsgerechtigde.¹³⁰ Als de overeenkomst met de koper niet door nakoming tot een einde komt, heeft de verkoper er belang bij om zich te kunnen losmaken van de overeenkomst en te bevrijden van zijn verplichting tot eigendomsverschaffing, om de zaak vervolgens hernieuwd te kunnen vervreemden aan een ander, waarbij hij de vrijheid heeft om de zelf de verkoopvoorwaarden en de koopprijs te kunnen bepalen, zonder dat hij beperkt is tot de mogelijkheid om de zaak te executeren. Een zodanige vrijheid had de

126 Vgl. Henckel 1994, p. 214: 'Der Vorbehaltsverkäufer mag dann die Sache anderweitig veräußern, muß das aber nicht. Er kann als Eigentümer mit der Sache machen, was er will; er kann sie selber nutzen, kann sie vermieten, verschenken oder verleihen.' Zie ook Raiser 1961, p. 52.

127 Vgl. Verheul 2014b, p. 525-526.

128 Hübner 1980, p. 730.

129 Vgl. reeds Scholten 1906, p. 92: 'Ook indien de wet het verbod van pandrecht zonder inbezitstelling niet inhield, zouden partijen toch niet van de hun dan geopende mogelijkheid om een pandrecht te vestigen gebruik maken, maar zich toch den eigendom voorbehouden.' Vgl. ook Struycken 1906, p. 159-160.

130 Vgl. nogmaals Pitlo 1942, p. 328: 'De huurverkooper *blijft* eigenaar totdat hij de contraprestatie zal ontvangen hebben. Hier is een volledig eigendomsrecht, niet een zekerheidsrecht aanwezig. Wie in dezen voorbehouden eigendom een zekerheidsrecht ziet, gaat wel heel ver. Is het dan niet nog maar een kleine stap om te zeggen: iedere koop, waarbij de verkoper de zaak tot de betaling onder zich houdt, heeft een zekerheidsrecht ten gevolge?'

verkoper in eerste instantie namelijk ook, toen hij de zaak aan de koper vervreemde.¹³¹ Daaruit blijkt dat het eigendomsvoorbehoud geen situatie in het leven roept die niet ook al bestond vóórdat de verkoper de zaak aan de koper vervreemde.

Opmerking verdient dat de in dit hoofdstuk verdedigde visie met betrekking tot de functie van het eigendomsvoorbehoud er op zichzelf niet aan in de weg staat een wettelijke regeling te ontwerpen waarin de positie van de verkoper wordt teruggebracht tot die van een zekerheidsgerechtigde. Zo zou men kunnen komen tot een met § 2-401 (1) UCC vergelijkbare bepaling door het eigendomsvoorbehoud van rechtswege te converteren tot een voorbehouden pandrecht dat de koopprijsvordering (en eventueel andere vorderingen) secureert. Van belang is op te merken dat een dergelijke bepaling als zodanig echter niet voldoende is. Wanneer men daadwerkelijk wenst te voorkomen dat de verkoper eigenaar blijft c.q. wordt van de verkochte zaak, dient men de verkoper ook de mogelijkheid te ontzeggen om door ontbinding van de koopovereenkomst via ongedaanmaking weer eigenaar van de verkochte zaak te kunnen worden, omdat de verkoper anders via een omweg alsnog een eigendomspositie zou kunnen verkrijgen.¹³²

Tegen deze achtergrond laat zich ook de beperking van de positie van de verkoper als zekerheidsgerechtigde onder de gelding van de UCC verklaren. Wat betreft de remedies van de verkoper bij niet-nakoming door de koper sluit de UCC aan bij het recht van voor de UCC (*pre-Code common law*), dat op dit punt een onderscheid maakte tussen een *cash sale* en een *credit sale*.¹³³ Indien de koper bij een *cash sale* in gebreke bleef met de voldoening van de koopprijs, kon de verkoper de zaak terugvorderen door middel van een *action in replevin*. In geval van een *credit sale* kon de verkoper bij niet-nakoming door de koper de verkochte zaak daarentegen niet opvorderen. De verkoper kon uitsluitend een *action for the purchase price* geldend maken. Aan dit onderscheid lag ten grondslag dat de verkoper bij een *credit sale* vrijwillig het risico van niet-betaling op zich had genomen, door de zaak op krediet te verkopen. Daardoor was niet voldaan aan het vereiste voor de *replevin*-actie dat de koper de zaak onrechtmatig onder zich had. Enkel indien de koper de verkoper een verkeerde voorstelling van zaken had gegeven over diens solvabiliteit, bestond ruimte voor

¹³¹ Vgl. Snijders 1990, p. 93.

¹³² Vgl. M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388. Dat derden in de tussentijd een recht op de zaak kunnen hebben verwerven, waarbij in het bijzonder aan een door de kredietverschaffende bank (bij voorbaat) gevestigd pandrecht is te denken, doet daaraan in beginsel niet af. Goed verdedigbaar is namelijk dat de pandhouder deze ontbinding en retro-overdracht zich, indachtig de regel uit HR 6 maart 1970, *NJ* 1970, 433 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Van Wessem q.q./Traffic*) en het daarop gebaseerde art. 3:284 BW, moet laten welgevalen, omdat de koper de zaak uitsluitend heeft kunnen verkrijgen doordat de verkoper als eerste heeft gepresteerd, terwijl hij tegelijkertijd in gebreke is gebleven met de voldoening van de daartegenover staande prestatie. Zie voor het Duitse recht MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, Anh. §§ 929-936 BGB, Rn. 42.

¹³³ Zie voor het navolgende met verdere verwijzingen *Samuels v. Mahon*, 510 F.2d 139 (1975), G.I. Wallach, *The Law of Sales Under the Uniform Commercial Code*, Boston: Warren, Gorham & Lamont 1981, §7.03-7.04 en L.B. Kuchera, 'The Credit Seller's Reclamation Right under Subsection 2-702(2) of the Uniform Commercial Code; Its Status When the Interests of the Third Parties Intervene', *North Dakota Law Review* 1986, p. 233-234.

de verkoper om de koopovereenkomst te vernietigen en aldus de zaak op te vorderen. De verkoper bij een *cash sale* kon de zaak daarentegen met de *replevin*-actie terugvorderen, omdat hij niet had vertrouwd op de solvabiliteit van de koper, doordat hij juist verwachtte dat de koper bij de levering zou betalen.¹³⁴ De UCC bouwt voort op dit onderscheid en geeft de verkoper op krediet in beginsel geen mogelijkheid om de verkochte zaak als eigenaar op te vorderen.¹³⁵ Zijn aanspraken zijn beperkt tot de *action for the purchase price*, waarvoor hij zich – in combinatie met de regel van § 2-401 (1) UCC – op grond van zijn zekerheidsrecht kan verhalen op de zaak. Hij kan niet door ontbinding bewerkstelligen dat hij in de positie wordt hersteld van voor de totstandkoming van de koopovereenkomst met de koper. Anders dan naar Nederlands recht, zijn er geen dus ontbindingsrechten van de verkoper die het eigendomsvoorbehoud zou kunnen veiligstellen.

Voor het Nederlandse recht acht ik een zodanig stelsel, waarbij het eigendomsvoorbehoud wordt geconverteerd in een voorbehouden pandrecht en de verkoper de mogelijkheid tot ontbinding wordt ontzegd, overigens niet erg aanbevelenswaardig.¹³⁶ Niet goed valt namelijk in te zien waarom de verkoper de mogelijkheid van ontbinding niet zou moeten toekomen.¹³⁷ De mogelijkheid voor een contractspartij om tot ontbinding over te gaan heeft haar grondslag in de doelloorzakelijkheid van de wederkerige overeenkomst: zij neemt een bepaalde verbintenis op zich *opdat* zij de prestatie verkrijgt waartoe de wederpartij zich daartegenover verbindt. De bevoegdheid tot ontbinding berust daarmee op het ruilkarakter van de wederkerige overeenkomst: als de wederpartij niet nakomt, moet zij ook de mogelijkheid hebben om zich van zijn prestatieplicht te bevrijden c.q. zijn prestatie terug te vorderen, omdat zij zich daartoe slechts verbond teneinde de tegenprestatie te verkrijgen.¹³⁸ Dit ruilkarakter is bij uitstek aan de orde bij een koopovereenkomst. Gelet op de ratio van de ontbindingsmogelijkheid valt het dan ook niet goed te vol te houden waarom de verkoper die zich verplicht tot eigendomsverschaffing teneinde de daarvoor bedongen koopprijs te ontvangen,

134 Ook een *restitution*-aanspraak bood de verkoper geen soelaas, omdat een dergelijke actie niet toekomt aan degene die zelf al volledig heeft gepresteerd, indien de tegenprestatie betaling van een geldsom betreft. Zie met verdere verwijzingen G.E. Palmer, *The Law of Restitution*, Boston: Little, Brown and Company 1978, p. 378-389.

135 Een uitzondering maakt § 2-702 (2) UCC, op grond waarvan de verkoper – kort gezegd – de verkochte zaak binnen tien dagen na aflevering kan terugvorderen, indien hij heeft ontdekt dat de koper de zaak heeft ontvangen terwijl hij insolvent was.

136 Zie ook kritisch Flume 1962, p. 389: 'Es ist nicht einzusehen, weshalb die Eigentumsübertragung nicht von der Zahlung des Kaufpreises in der Weise sollte abhängig gemacht werden können, daß der Käufer Eigentümer erst mit der Zahlung wird. (...) Der Synallagma-Gedanke ist jedenfalls stark genug, es zu rechtfertigen, daß der Verkäufer, wenn er schon die Kaufsache dem Käufer vor der Bezahlung zu Besitz und Nutzung überläßt, sich das Eigentum, und zwar das volle Eigentum, bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehält.' Vgl. ook Bydinski 2015, p. 248.

137 Om vergelijkbare redenen is in Duitsland in 2002 overgegaan tot schrapping van § 454 BGB (oud), dat de verkoper de bevoegdheid ontzegde om de koopovereenkomst te ontbinden, indien hij zijnerzijds reeds volledig had gepresteerd en de koper uitstel van betaling had verleend. Zie *BT-Drucks.* 14/6040, p. 204 alwaar ter onderbouwing van de schrapping wordt opgemerkt dat 'es an einem stichhaltigen Grund [fehlt], der es rechtfertigen könnte, dass der Verkäufer für das Vertrauen, das er durch seine Vorleistung dem Käufer geschenkt hat, stets mit dem Entzug des Rücktrittsrechts bestraft wird.'

138 Zie Suijling 1934, nr. 308, Nieuwenhuis 1979, p. 61, Bakels 1993, p. 9-20, Bakels 2011, nr. 3 en nr. 22 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 670.

niet de mogelijkheid tot ontbinding zou moeten hebben en evenmin de mogelijkheid om – vooruitlopend op de mogelijkheid van ontbinding – door middel van het eigendomsvoorbehoud een opschortingsrecht geldend te maken teneinde zijn rechten bij ontbinding veilig te stellen.¹³⁹

2.13 Conclusie

‘[D]ie Sicherung der Kaufpreisforderung, ist historisch so tief in unserem Rechtsdenken verwurzelt (...), daß von diesem Ausgangspunkt aus immer wieder versucht wurde, dem Vorbehaltskäufer die Eigentümerstellung und dem Verkäufer nur ein Pfandrecht an der Vorbehaltssache einzuräumen’,¹⁴⁰ verzucht Serick, die daarop laat volgen dat een dergelijke benadering voorbijaagt aan de ‘tiefgreifende Wesensverschiedenheit von Vorbehaltseigentum und Pfandrecht.’¹⁴¹

In dit hoofdstuk is de functie van het eigendomsvoorbehoud onderzocht. Aanleiding daarvoor was de veelvoorkomende typering van het eigendomsvoorbehoud als een zekerheidsrecht of de voorbehouden eigendom als door de wet toegelaten vorm van zekerheidseigendom. Onder invloed van de zogenoemde functionele benadering heeft die typering geleid tot voorstellen tot afschaffing van het eigendomsvoorbehoud, omvorming van het eigendomsvoorbehoud tot een pandrecht of analoge toepassing van de voor pandrecht geschreven bepalingen.

In navolging van de wetgever is in dit hoofdstuk daarentegen geconcludeerd dat het eigendomsvoorbehoud geen zekerheid biedt voor de voldoening van de koopprijsvordering en de voorbehouden eigendom derhalve niet kan worden beschouwd als zekerheidseigendom of als een verkapt pandrecht. Het eigendomsvoorbehoud garandeert niet de verkrijging van de koopprijs door de verkoper, maar garandeert uitsluitend dat de verkoper het voorwerp van zijn eigen prestatie niet verliest alvorens de koper de koopprijs voldoet. Daarmee verschafft het eigendomsvoorbehoud een defensieve vorm van zekerheid: het behoud van het voorwerp van de eigen prestatieplicht totdat de daartegenoverstaande prestatie wordt verkregen. Met het eigendomsvoorbehoud wordt derhalve de voldoening van de eigen prestatie uitgesteld, waarmee de rechten van de verkoper bij ontbinding zijn veiliggesteld. Indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde prestatie, kan de verkoper de koopovereenkomst ontbinden en door middel van zijn revindicatievordering (art. 5:2 BW) overgaan tot opvordering van de verkochte zaak, zonder dat hij daarvoor is aangewezen op een slechts verbintenisrechtelijke ongedaanmakingsvordering.

Dit standpunt wordt in de volgende hoofdstukken nader uitgewerkt en onderbouwd aan de hand van verscheidene vragen rond het eigendomsvoorbehoud. Daarbij zal blijken dat dit verschil in benadering van de functie van het eigendomsvoorbehoud niet zelden ook tot andere uitkomsten leidt.

¹³⁹ Zie over de verhouding tussen opschortingsrecht en ontbinding o.m. Streefkerk 2013, nr. 7.2 en nr 14.2 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 712.

¹⁴⁰ Serick 1982, p. 73.

¹⁴¹ Serick 1982, p. 74.

3 | Rechtvaardiging voor de voorrangspositie

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de rechtvaardiging voor de voorrangspositie centraal die het gevolg is van het bedingen van het eigendomsvoorbehoud. De wetgever onderkende dat het bedingen van het eigendomsvoorbehoud tot gevolg heeft dat de verkoper een voorrangspositie inneemt – in het bijzonder ten opzichte van de bank die krediet verschaft aan de koper – en achtte deze voorrangspositie gerechtvaardigd. In dit hoofdstuk wordt de rechtvaardiging voor deze voorrangspositie nader onderzocht. Terwijl in het vorige hoofdstuk de nadruk lag op het eigendomsvoorbehoud in de verhouding tussen de verkoper en de koper, staat in dit hoofdstuk de rechtvaardiging van het eigendomsvoorbehoud in de verhouding tussen de verkoper en de overige schuldeisers van de koper centraal.

Daarbij wordt allereerst ingegaan op de betekenis van het begrip voorrang in verband met de positie van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud (paragraaf 3.2). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de enigszins vergelijkbare discussie over de rechtvaardiging van de voorrangspositie van zekerheidsgerechtigden (paragraaf 3.3). In het verdere vervolg van het hoofdstuk wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan de rechtvaardiging van het eenvoudig, verbreed en verlengd eigendomsvoorbehoud, waarbij telkens gezocht wordt naar een (mogelijke) rechtvaardiging voor de voorrangspositie van de verkoper (paragraaf 3.4-3.6). Gelet op de vraagstelling ligt de nadruk daarbij op normatieve argumenten, als gevolg waarvan het geldende recht in dit hoofdstuk een minder prominente plaats inneemt. Aangezien in de Nederlandse literatuur nauwelijks aandacht is voor deze problematiek, zal vooral worden geput uit rechtsvergelijkend materiaal.

3.2 Eigendomsvoorbehoud en voorrang

Het eigendomsvoorbehoud – of beter gezegd: de voorbehouden eigendom – verschaft de verkoper geen recht van voorrang in eigenlijke zin. Door middel van het eigendomsvoorbehoud verkrijgt de verkoper namelijk om meerdere redenen geen recht om zich met voorrang, dus vóór de overige schuldeisers van de koper, te verhalen op een vermogensbestanddeel van de koper. In de eerste plaats is geen sprake van een vermogensbestanddeel van de koper, omdat de zaak vanwege het eigendomsvoorbehoud juist nog niet tot het vermogen van de koper gaat behoren. Ten tweede verhaalt de verkoper zijn vordering tot betaling van de koopprijs niet op de verkochte zaak, aangezien de zaak altijd al aan de verkoper toebehoorde en

ook na uitoefening van het eigendomsvoorbehoud aan de verkoper blijft toebehooren. In de derde plaats is geen sprake van verhaal, omdat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud niet tot gevolg heeft dat de vordering van de verkoper wordt voldaan. De uitoefening brengt de verkoper in de toestand van voor sluiting van de koopovereenkomst.

Aangezien geen sprake is van verhaal, komt de vraag wie bij verhaal voorrang heeft derhalve in het geheel niet aan de orde. Van voorrang kan namelijk slechts sprake zijn indien meerdere schuldeisers concurrerende aanspraken geldend wensen te maken ten aanzien van een bepaald vermogensbestanddeel van de schuldenaar en een van deze schuldeisers zich vervolgens vóór de andere schuldeisers op het vermogensbestanddeel mag verhalen. Voorrang komt met andere woorden pas aan de orde indien sprake is van een *concurfus*, dus wanneer verschillende schuldeisers zich tegelijkertijd op hetzelfde goed wensen te verhalen.¹ In geval van *concurfus* is de gelijkheid van de verschillende schuldeisers het uitgangspunt (art. 3:277 BW), waarop een uitzondering wordt gemaakt indien aan een bepaalde vordering voorrang is verbonden (art. 3:278 BW).

Bij het uitoefenen van een eigendomsvoorbehoud is van een zodanige situatie geen sprake. De verkoper die een eigendomsvoorbehoud bedingt, voorkomt namelijk dat de zaak tot het vermogen van de koper gaat behoren en voorkomt daarmee eveneens dat van een *concurfus* sprake kan zijn. Daardoor voorkomt de verkoper dat de overige schuldeisers van de verkoper verhaal kunnen nemen op de verkochte zaak.² Het eigendomsvoorbehoud verschaft de verkoper derhalve geen recht van voorrang in een *concurfus*, maar het beding voorkomt veeleer dat van een *concurfus* sprake kan zijn. Het eigendomsvoorbehoud is daarmee geen voorrangrecht in eigenlijke zin.³ Volgens Sagaert is het zelfs zinloos en tegenstrijdig om bij een eigendomsrecht van een recht van voorrang te spreken, omdat geen sprake is van een recht van voorrang met betrekking tot de opbrengst: de verkoper kan de zaak simpelweg onttrekken aan de *concurfus*.⁴

Ook daarmee verschaft de verkoper zich echter een zekere voorrangspositie. Doordat de verkoper kan voorkomen dat de zaak onderdeel wordt van het vermogen van de koper, voorkomt hij dat hij hoeft te concurreren met de overige schuldeisers van de koper en voorkomt hij dat hij de gelijkheid van schuldeisers tegen zich moet laten gelden.⁵ Zo bezien is de mogelijkheid om de zaak buiten de *concurfus* te houden ook een vorm van voorrang. Men zou kunnen spreken van voorrang in ruime of oneigenlijke zin. Wanneer in het vervolg van dit hoofdstuk de voorrangspositie van de verkoper wordt behandeld, dient bedacht te worden dat daarbij wordt uitgegaan van deze ruime definitie van het begrip voorrang.

Ook in deze ruime definitie laat zich de vraag stellen waarom de verkoper de mogelijkheid heeft om de verkochte zaak buiten de *concurfus* te houden, waardoor wordt voorkomen dat andere schuldeisers verhaal kunnen nemen op deze zaak. In paragraaf 2.7 van hoofdstuk 2 is gebleken dat het eigendomsvoorbehoud in nauw

1 Verstijlen 1998, p. 20 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 741. Vgl. ook J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Mon. Nieuw BW B13), Deventer: Kluwer 1992, p. 2 en p. 6.

2 Vriesendorp 2001, p. 9.

3 Verstijlen 2006, p. 1186.

4 Sagaert 2003, p. 148.

5 Vgl. Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 563 die opmerkt dat de verkoper in beginsel op grond van zijn absolute recht zegeviert ten opzichte van derden.

verband staat met de ontbindingsregeling en dat het eigendomsvoorbehoud qua rechtsgevolgen een zekere gelijkenis vertoont met de goederenrechtelijke werking en de terugwerkende kracht van de ontbinding onder het oude recht. Tegen deze goederenrechtelijke werking van de ontbinding (en soms ook tegen de vergelijkbare werking van het recht van reclame en het eigendomsvoorbehoud) werd in de literatuur soms als bezwaar aangevoerd dat hiermee een inbreuk op de *paritas creditorum* werd gemaakt.⁶ Ook Hartkamp en Sieburgh brengen de afschaffing van de goederenrechtelijke werking van de ontbinding in verband met de gelijkheid van schuldeisers:

‘Dat de zakelijke werking van de ontbinding is vervallen, is toe te juichen. De verkoper die zich tegen insolventie wil beveiligen, kan een eigendomsvoorbehoud bedingen; is geen kredietverlening, doch betaling kort na de aflevering beoogd, dan biedt art. 7:39 BW voldoende bescherming (...). Het aanvaarden van zakelijke werking buiten deze gevallen is (nog afgezien van het geval dat de ontbinding plaatsvindt op grond van wanprestatie van de verkoper) een niet goed te rechtvaardigen bevoordeling van de verkoper (c.q. diens schuldeisers) boven de overige schuldeisers van de koper.’⁷

Opvallend is dat het eigendomsvoorbehoud hier impliciet wordt genoemd als een geval waarin de bevoordeling van de verkoper kennelijk wél gerechtvaardigd is ten opzichte van de overige schuldeisers van de koper. Het is de vraag waarin deze rechtvaardiging is gelegen, die in dit hoofdstuk centraal staat.⁸

Voorafgaand daaraan wordt ingegaan op de vraag waardoor de voorrang van een zekerheidsgerechtigde gerechtvaardigd wordt, omdat die vraag verwantschap vertoont met de hier centraal staande vraag en de inzichten uit die discussie behulpzaam kunnen zijn bij de beantwoording van deze vraag. Ondanks het feit dat het eigendomsvoorbehoud de verkoper geen zekerheidsrecht verschaft, verschaft het beding de verkoper namelijk wel een voorrangpositie in de hiervoor gedefinieerde ruime zin van het begrip voorrang.

3.3 Rechtvaardiging voor zekerheidsrechten

De vraag naar de rechtvaardiging van de voorrangpositie van een zekerheidsgerechtigde komt in de Nederlandse literatuur niet veelvuldig aan bod. Een uitzondering vormt het proefschrift van Van den Heuvel, waarin zij de vraag centraal stelt ‘aan de hand van welke maatstaf de reikwijdte van zekerheidsrechten zou moeten worden vastgesteld.’⁹ In haar onderzoek is een belangrijke rol weggelegd

6 Zie bijv. Van Oven 1911, p. 14 en N.J. Polak, *Mr. M. Polak's Handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht. Deel I. Derde gedeelte. Faillissement en surséance van betaling*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972, p. 130. Zie ook Fikkers 1992, p. 69-72 en Bakels 1993, p. 60 e.v.

7 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 700.

8 Vgl. ook de notitie van W. Snijders betreffende artikelen 3.4.2.3a en 3.4.2.5 naar aanleiding van recente literatuur d.d. 11 december 1981, p. 5, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 724: ‘De zakelijke werking geeft hem [de verkoper; toevoeging EFV] ten opzichte van andere schuldeisers van de koper een bevoorrechte positie. Daarvoor moet er een goede reden bestaan.’

9 Van den Heuvel 2004, p. 7.

voor de vraag wat de rechtvaardiging is voor de voorrangspositie die een zekerheidsgerechtigde inneemt, waarbij vooral wordt toegespitst op de kredietverlende bank die zekerheid heeft bedongen op zowel bestaande als toekomstige goederen van de schuldenaar. Daarbij gaat het in het bijzonder om de rechtvaardiging van de voorrangspositie ten opzichte van de overige schuldeisers, die de nadelige gevolgen van de zekerheidsstelling ondervinden.

Van den Heuvel bekritiseert de ‘traditionele’ benadering, waarin de rechtvaardiging voor de voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigde wordt gebaseerd op het goederenrechtelijk karakter van het voorrangrecht en op de partijautonomie. Op grond van de partijautonomie is de rechthebbende in beginsel bevoegd om met zijn goederen te doen wat hij wil: hij kan de zaak niet alleen vervreemden, maar ook vernietigen. Met een *a-maiore-ad-minus*-redenering wordt vervolgens aangenomen dat hetzelfde geldt voor de vestiging van een zekerheidsrecht: wie een goed kan vervreemden, waardoor het volledig aan het verhaal wordt onttrokken, kan op dat goed ook een zekerheidsrecht vestigen, waardoor het ten dele aan het verhaal van de overige schuldeisers wordt onttrokken:

‘Waar een schuldenaar een goed door het over te dragen geheel kan onttrekken aan het verhaal van zijn schuldeisers, ligt het voor de hand dat hij ook een “exclusief verhaalsrecht” op dat goed kan vestigen, waardoor het slechts ten dele – voor zover geen sprake is van een overwaarde – aan het verhaal van de overige schuldeisers wordt onttrokken.’¹⁰

Aangezien een pand- of hypotheekrecht goederenrechtelijke werking heeft, moeten de overige schuldeisers deze zekerheidsstelling tegen zich laten gelden:

‘Gegeven dat een schuldenaar een goed geheel aan het verhaal van zijn gezamenlijke schuldeisers kan onttrekken door het over te dragen, ligt het voor de hand dat hij dat goed gedeeltelijk aan het verhaal kan onttrekken door er een zekerheidsrecht op te vestigen. Een kwestie van partijautonomie, dus; de schuldeisers hebben de beschikkingshandelingen van de schuldenaar te respecteren.’¹¹

In deze benadering is de grondslag van de voorrangspositie derhalve gelegen in de partijautonomie, die uitsluitend begrensd wordt door de *numerus clausus*, als gevolg waarvan derden slechts geconfronteerd kunnen worden met door de wet toegestane goederenrechtelijke rechten.

Van den Heuvel keert zich tegen deze opvatting, omdat de vestiging van een zekerheidsrecht niet gelijk zou kunnen worden gesteld met de beschikking over eigendom. Door de vestiging van een zekerheidsrecht beschikt de eigenaar niet over zijn vermogen, maar ‘bewerkstelligt [hij] ook – en vooral – een herschikking van de rechten van de crediteuren onderling.’¹² Van den Heuvel legt daarbij de nadruk op het voorrangselement van de transactie (het *droit de préférence*) en

10 Verstijlen 1998, p. 18. Zie ook Verstijlen 2013, nr. 6.

11 Verstijlen 2006, p. 1171-1172.

12 Van den Heuvel 2004, p. 66.

minder op het absolute karakter van het goederenrechtelijke recht (*droit de suite*).¹³ Daarin verschilt de vestiging van een zekerheidsrecht van een overdracht volgens Van den Heuvel:

‘Wanneer de schuldenaar zijn auto verkoopt en levert heeft dit slechts gevolgen voor de omvang van het verhaalsvermogen. Er verandert niets in de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers. Wanneer de schuldenaar de auto niet verkoopt maar er een zekerheidsrecht op vestigt, heeft dit tot gevolg dat de overige schuldeisers daarop in beginsel geen verhaal meer kunnen nemen. De reden hiervoor is niet dat de auto het verhaalsvermogen heeft verlaten, maar dat de geseceureerde schuldeiser voorrang toekomt en zich dus in beginsel exclusief op de auto kan verhalen.’¹⁴

Het verschil tussen beide benaderingen is gelegen in het andere perspectief. In de traditionele benadering ligt de nadruk op de relatie tussen de schuldenaar en de schuldeiser. Zij kunnen afspraken maken, die de overige schuldeisers tegen zich moeten laten gelden.¹⁵ In de benadering van Van den Heuvel ligt de nadruk daarentegen op de verhouding tussen de verschillende schuldeisers onderling: ‘Het is telkens de vraag in hoeverre de voorrangspositie van een crediteur binnen het verband van schuldeisers gerechtvaardigd is.’¹⁶ Van den Heuvel verwerpt daarmee het goederenrechtelijke perspectief en kiest voor een andere benadering.

Van den Heuvel rechtvaardigt de voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigde vanwege het feit dat kredietverlening essentieel is voor het functioneren van de onderneming en de kredietverschaffende bank bovendien de activiteiten van de onderneming in de gaten houdt (*monitort*), door toezicht te houden op het gevoerde beleid en de financiële situatie van de zekerheidsgever. Deze activiteiten zijn ook in het belang van de andere schuldeisers en vormen voor Van den Heuvel de grondslag voor de voorrangspositie.¹⁷

Vergelijkbare kritiek op de traditionele benadering wordt in Duitsland geuit door Brinkmann. Ook in zijn visie is de goederenrechtelijke kwalificatie van een recht geenszins doorslaggevend. De voorrangspositie van een zekerheidsgerechtigde moet in zijn visie niet vanuit het goederenrecht worden benaderd, maar vanuit het verhaalsrecht, waartussen hij een scherpe scheiding aanbrengt.¹⁸ Hij spitst de problematiek toe op de vraag of de schuldenaar de ‘haftungsrechtliche Zuweisung’ van zijn vermogen als zodanig kan wijzigen, zonder tegelijkertijd ook de vermogensrechtelijke toewijzing van een goed te veranderen. Dat zou er volgens hem op neerkomen dat de schuldenaar in staat is om te beschikken over de

13 Zie ook W.J. Zwalve, ‘Too convenient a form of security to be lightly abolished’, *WPNR* 2006 (6665), p. 350 die opmerkt dat “[z]ekerheidsgever en zekerheidsnemer (...) in het geheel niet de bedoeling [hebben] een recht te vestigen waaraan ‘werking tegen derden’ is verbonden, maar een ‘zaak’ (...) te belasten en wel op een wijze die de zekerheidsnemer garandeert dat hij zijn vordering op de zekerheidsgever kan voldoen uit de executoriale opbrengst ervan. In echte ‘derdenwerking’, in het bijzonder het aan een zakelijk recht verbonden zaaksgevolg, is een zekerheidsnemer niet of nauwelijks geïnteresseerd.”

14 Van den Heuvel 2004, p. 67.

15 Zie bijv. Suijling 1940, nr. 488.

16 Van den Heuvel 2004, p. 69.

17 Van den Heuvel 2004, i.h.b. p. 131-133.

18 Brinkmann 2011, p. 225 e.v. Illustratief t.a.v. het eigendomsvoorbehoud i.h.b. p. 259-260. Men bedenke hierbij dat in het Duitse recht een scherper onderscheid wordt gemaakt tussen de verhaalsrechtelijke en goederenrechtelijke toewijzing van een goed. Zie hierna in voetnoot 54.

reikwijdte van het faillissementsrechtelijke gelijkheidsbeginsel.¹⁹ Hij ziet wezenlijke verschillen tussen de vervreemding van een zaak en de vestiging van een zekerheidsrecht:

‘Die Veräußerung eines Gegenstands verändert seine vermögens- sowie seine haftungsrechtliche Zuordnung. Nicht nur ist der Erwerber kraft des Erwerbsvorgangs der (vermögensrechtliche) Inhaber des Gegenstands, dieser ist ihm auch haftungsrechtlich in dem Sinn zugeordnet, das der Gegenstand nunmehr für die gegen den Erwerber gerichteten Forderungen haftet. Die Bestellung eines Sicherungsrecht beeinflusst dagegen gerade nicht die haftungsrechtliche Zuordnung des Sicherungsguts, denn auch nach der Verpfändung oder Sicherungsübereignung einer Sache haftet diese für die Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers – freilich in erster Linie für dessen Verbindlichkeiten gegenüber dem Sicherungsnehmer.’²⁰

Volgens Brinkmann hebben zekerheidsrechten een dubbele natuur: aan de ene kant bepalen zij de relatie tussen de schuldeiser met een zekerheidsrecht en de schuldenaar, maar aan de andere kant bepalen ze de relatie tussen schuldeisers onderling.²¹ In geval van faillissement ligt de nadruk op de tweede functie, zodat voor de faillissementsbestendigheid van een zekerheidsrecht volgens hem dan ook een rechtvaardiging dient te bestaan in de relatie tussen de schuldeisers. De partijautonomie en beschikkingsvrijheid van de schuldeiser bieden volgens hem onvoldoende rechtvaardiging, omdat de schuldenaar volgens hem niet de bevoegdheid heeft om te beschikken over de verhouding tussen schuldeisers in het algemeen beslag dat het faillissement ten gevolge heeft.²²

Het gaat er niet om in dit hoofdstuk een keuze te maken tussen een van beide benaderingen. Van belang is te constateren dat de traditionele benadering de voorrangspositie van de zekerheidsgerechtigde hoofdzakelijk baseert op de partijautonomie. Daarmee knoopt zij aan bij een fundamenteel uitgangspunt in het privaatrecht. Tegelijkertijd heeft de traditionele benadering daarmee echter ook slechts een beperkte functie. Zij verklaart niet waarom de partijautonomie in een specifiek geval daadwerkelijk zover strekt. Vergelijkbaars geldt voor de voorrangspositie van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud. Men zou deze voorrangspositie kunnen verklaren door te wijzen op de omstandigheid dat de verkoper eigenaar is van de desbetreffende zaak en aldus zelf kan bepalen wanneer en onder welke voorwaarden hij zijn eigendom wil overdragen. Daarmee laat zich evenwel niet verklaren waarom de wet de verkoper die vrijheid daadwerkelijk verleent. De traditionele benadering geeft derhalve uitsluitend aan dat partijen een door de wet toegelaten figuur mogen benutten, maar geeft geen normatieve argumenten waarom de wet een bepaalde rechtsfiguur al dan niet zou moeten accepteren.

De meerwaarde van de niet-traditionele benadering is dat zij meer loskomt van de toelaatbaarheid van bepaalde figuren in het geldende recht, omdat zij op zoek gaat naar normatieve argumenten in de relatie tussen schuldeisers onderling die kunnen rechtvaardigen dat een van hen een bevoorrechte positie inneemt. Daarmee kan zij niet alleen een onderbouwing bieden voor de toelaatbaarheid van een

19 Brinkmann 2011, p. 252.

20 Brinkmann 2011, p. 236.

21 Brinkmann 2011, p. 253.

22 Brinkmann 2011, p. 253-254.

bepaalde rechtsfiguur of voorrangspositie die het geldende recht nog niet aanvaardt, maar kan zij ook nadere argumenten geven waarom een bepaalde toegestane figuur of voorrangspositie eigenlijk niet goed valt te rechtvaardigen en derhalve afgeschaft zou moeten worden. Daarbij legt de partijautonomie, als leidend beginsel als zodanig echter ook gewicht in de schaal, zodat daarbij ook de traditionele benadering niet buiten beschouwing kan worden gelaten.

3.4 Het eenvoudig eigendomsvoorbehoud

In de Nederlandse literatuur zoekt men vrijwel tevergeefs naar een antwoord op de vraag waarom de verkoper een eigendomsvoorbehoud mag bedingen. Alleen Van den Heuvel stelt de voorrangspositie van de verkoper expliciet aan de orde, omdat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud volgens haar niets anders is dan een zekerheidsgerechtigde. Aangezien in haar opvatting elke voorrangspositie in de verhouding tussen schuldeisers onderling een rechtvaardiging behoeft, onderzoekt ze waarin de eventuele rechtvaardiging van de voorrangspositie van de ‘crediteur-eigenaar’ gelegen kan zijn. Ze concludeert enerzijds dat het eigendomsvoorbehoud gerechtvaardigd wordt doordat het krediet dat de verkoper verleent door de koper uitstel van betaling te verlenen, betrekking heeft op de aanschaf van de desbetreffende zaken zelf, zodat er een duidelijke band aanwezig is tussen het krediet en de zekerheid.²³ Anderzijds acht Van den Heuvel de ‘supervoorrang’ van de verkoper desondanks niet gerechtvaardigd ten opzichte van de houder van een generiek zekerheidsrecht, namelijk de financierende en monitorende bank.²⁴ Zij verwerpt de motivering van de wetgever, die het eigendomsvoorbehoud onder meer ziet als een instrument waarmee de verkoper zich kan wapenen tegen het zekerheidsrecht van de financierende bank,²⁵ omdat dit zekerheidsrecht volgens haar haar juist door overtuigende argumenten wordt gerechtvaardigd.²⁶ Ten behoeve van de helderheid wordt haar argumentatie hier uitgebreid aangehaald:

“Deze overwegingen gaan in het door mij voorgestane systeem niet op. De zeer sterke voorrangspositie die de bank als gevolg van het generieke zekerheidsrecht inneemt wordt gerechtvaardigd door het belang van de bancaire kredietverlening en de verplichte monitoring van het functioneren van de onderneming. De overige schuldeisers worden beschermd door de zware verantwoordelijkheid van de bank ten aanzien van hun belangen. Dit maakt dat er geen reden is de overige schuldeisers uit het oogpunt van bescherming tegen de vergaande greep van de bank op het vermogen van de onderneming, de bevoegdheid te geven hun verhaalspositie te versterken ten koste van de bank. Bovendien zou de mogelijkheid dat de overige schuldeisers in staat zijn door het gebruik van eigendomsconstructies de zekerheidspositie uit te hollen, ertoe leiden dat de grondslag voor de verantwoordelijkheid van de bank wegvalt. Een laatste argument is dat het feit dat bepaalde crediteuren als gevolg van feitelijke omstandigheden in staat zijn gebruik te maken van de eigendomsconstructie om hun verhaalspositie te versterken eenvoudig zou kunnen leiden tot

23 Van den Heuvel 2004, p. 193.

24 Van den Heuvel 2004, p. 134-135 wil een generiek zekerheidsrecht introduceren voor de financierende bank, omdat deze kredietverlening in combinatie met monitoringactiviteiten een positieve invloed heeft op de kredietwaardigheid en continuïteit van de onderneming.

25 Zie over dit argument, dat in hoofdstuk 2, paragraaf 2.4 is betiteld als ‘voorrangsargument’, hierna in paragraaf 3.4.4.

26 Zie voetnoot 24.

willekeur in de verhouding tussen schuldeisers onderling. De eigendomsconstructie is immers slechts beschikbaar voor schuldeisers die een bepaald object financieren dat op het verhaalsmoment nog individualiseerbaar in het vermogen aanwezig is. Andere schuldeisers zijn aangewezen op zekerheidsrechten die in rang na het generieke zekerheidsrecht komen. Een reden voor dit verschil zou kunnen zijn dat de betreffende schuldeiser door het leveren en/of financieren van het betreffende object – bijvoorbeeld voorraden of een machine – enige ‘waarde’ heeft toegevoegd aan het vermogen van de onderneming, hetgeen bijdraagt aan het functioneren van de onderneming. Dit is echter op zichzelf onvoldoende. Vrijwel iedere schuldeiser draagt door het door hem verleende krediet en de daaraan gekoppelde prestatie immers bij aan de bedrijfsvoering van de onderneming.²⁷

Problematisch aan de opvatting van Van den Heuvel is dat zij ervan uitgaat dat de verkoper door middel van een eigendomsvoorbehoud een zaak buiten het vermogen van de koper houdt, die zonder eigendomsvoorbehoud wel onderdeel van het vermogen van de koper zou zijn.²⁸ Volgens haar heeft het eigendomsvoorbehoud namelijk tot gevolg van de zekerheidspositie van de bank wordt uitgehouden en dat de versterkte positie van de verkoper ten koste gaat van de bank.

Daarmee wordt de functie van het eigendomsvoorbehoud, zoals die in het vorige hoofdstuk is omschreven, evenwel miskend. Het bedingen van een eigendomsvoorbehoud door de verkoper leidt tot een beïnvloeding noch uitholling van de zekerheidspositie van de bank die (bij voorbaat) een vuistloos pandrecht heeft gevestigd. Zonder de verschaffing van leverancierskrediet door de verkoper, zou de zaak namelijk evenmin onderdeel van het vermogen van de koper vallen en zou de bank derhalve ook geen zekerheidsrecht hebben kunnen verkrijgen op de zaak. Aangezien de koper leverancierskrediet verlangt, door te bedingen dat de betaling later kan plaatsvinden, is hij klaarblijkelijk niet in staat om de zaak aan te schaffen met het door de bank verschaft krediet. Het zou zich niet goed laten rechtvaardigen dat de kredietverschaffende bank een zekerheidsrecht zou verkrijgen op een zaak die niet door haar, maar juist door een ander is gefinancierd.

Impliciet ligt aan de benadering van Van den Heuvel ten grondslag dat de verkoper zonder een eigendomsvoorbehoud verplicht zou zijn de zaak reeds aan de koper over te dragen zonder dat de koper gelijktijdig zou moeten betalen. In een dergelijk geval zou het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud inderdaad leiden tot een vermindering van de verhaalspositie van de overige schuldeisers van de koper, waaronder de kredietverschaffende bank. Zoals in het vorige hoofdstuk is geïllustreerd, verstrekt de verkoper die een eigendomsvoorbehoud bedingt zijn positie echter niet, maar handhaaft hij slechts zijn positie die hij heeft op grond van het wettelijk uitgangspunt van ‘gelijk oversteken’. Bij gebreke van de mogelijkheid een eigendomsvoorbehoud te bedingen zou het derhalve veeleer voor de hand liggen dat de verkoper zowel zijn verplichting tot (af)levering alsook de verplichting tot overdracht zou uitstellen tot het moment dat de koper de verschuldigde tegenprestatie zou voldoen. Ook bij strikte naleving van dat wettelijk uitgangspunt, zouden de overige schuldeisers van de koper zich pas op de verkochte zaak kunnen verhalen nadat de koper de koopprijs heeft voldaan.

²⁷ Van den Heuvel 2004, p. 196.

²⁸ Illustratief daarvoor is dat ze spreekt van een situatie waarin een object wordt gefinancierd dat op het verhaalsmoment nog individualiseerbaar in het vermogen van de koper aanwezig is. De zaak is namelijk geen onderdeel van het vermogen van de koper en zou dat zonder eigendomsvoorbehoud ook niet zijn.

Deze functie van het eigendomsvoorbehoud in de relatie tussen verkoper en koper – het handhaven van de regel van ‘gelijk oversteken’ – biedt ook de aanzet tot de verklaring voor de rechtvaardiging van het eigendomsvoorbehoud in de verhouding tot de overige schuldeisers van de koper.

3.4.1 *De neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud*

De koopovereenkomst met het eigendomsvoorbehoud is gericht op de uitwisseling van de tegenover elkaar staande prestaties. Daardoor is de werking van het eigendomsvoorbehoud ten opzichte van de overige schuldeisers van de koper neutraal.²⁹ Het vermogen van de koper dat vatbaar is voor verhaal door diens schuldeisers, neemt door het eigendomsvoorbehoud niet af.³⁰ In geval van een volledig gelijktijdige uitwisseling van de tegenover elkaar staande prestaties, doordat de koper de koopprijs tegelijkertijd met de aflevering zou voldoen, zou de vermogenspositie van de koper identiek zijn: voor de betaling kunnen zijn schuldeisers zich verhalen op de som geld die in het vermogen van de koper voorhanden is; na de betaling kunnen zijn schuldeisers zich verhalen op de verkochte zaak.³¹ Wat betreft de werking van het eigendomsvoorbehoud dient derhalve voor ogen te worden gehouden dat de situatie die het eigendomsvoorbehoud in het leven roept moet worden vergeleken met de situatie waarin de koper de koopprijs gelijktijdig met de aflevering zou voldoen. Tegenover de betaling van de koopprijs staat de eigendomsverkrijging, waardoor er in zoverre niets verandert met betrekking tot de omvang van het vermogen van de koper.³²

De neutrale werking van het eigendomsvoorbehoud, in de zin dat de verhaalsmogelijkheden van de overige schuldeisers niet worden beïnvloed door het beding, is in Oostenrijk een belangrijke reden voor de toelaatbaarheid van het eigendomsvoorbehoud. Het Oostenrijkse recht hecht namelijk sterker dan het Nederlandse recht aan publiciteit, waardoor het niet mogelijk is een voorrangspositie te bedingen zonder kenbaarheid voor derden. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat voor derden kenbaar moet zijn dat de zaak voortaan niet meer (volledig) tot het

29 Anders: Stolz 2015, p. 39 die het eigendomsvoorbehoud beschouwt als een middel waarmee de verkoper de risico's van niet-betaling kan afwentelen op de schuldeisers van de koper, omdat zij bij een onvoorwaardelijke overdracht een extra verhaalsobject zouden hebben gehad. Daarbij wordt echter voorbijgegaan aan de omstandigheid dat de verkoper pas verplicht zou zijn tot onvoorwaardelijke overdracht tegen gelijktijdige betaling van de volledige koopprijs.

30 Losecaat Vermeer 1928, p. 23 en Brinkmann 2011, p. 262-263. Vgl. ook Vriesendorp 2001, p. 9. Dit argument speelt ook een belangrijke rol in de Verenigde Staten bij de rechtvaardiging van de supervoorrang van de *purchase money security interest*. Zie hierna in paragraaf 3.4.5. Vgl. ook M.v.T., *Kamerstukken* 1986/87, 19785, 3, p. 60 waarin de omstandigheid dat er een band bestaat tussen het verleende krediet en de aangeschafte zaak als rechtvaardiging wordt gezien voor het toekennen van een exclusieve verhaalsmogelijkheid.

31 Zie met betrekking tot de Vormerkung, die in dit verband een met het eigendomsvoorbehoud vergelijkbare werking heeft S.E. Bartels & H.W. Heyman, 'De Vormerkung en de gelijke behandeling van schuldeisers', *WPNR* 2004 (6600), p. 939. Zie ook M.v.T., *Kamerstukken* 1986/87, 19785, 3, p. 61: 'Bij objectfinanciering blijft de exclusieve verhaalsmogelijkheid voor de kredietgever beperkt tot het gefinancierde goed, dat als het ware aan het vermogen van de kredietgever wordt toegevoegd. Door de duidelijke band tussen krediet en goed kan de zakelijke zekerheid dan functioneren als een extra prikkel voor de consument om zijn verplichtingen na te komen, zonder dat dit ten koste gaat van andere crediteuren of van zijn algemene vermogenspositie.' (curs. toegevoegd)

32 Anders dan Van den Heuvel 2004, p. 200 stelt, hoeft er dan ook niet gezocht te worden naar omstandigheden die de negatieve gevolgen die voor de overige schuldeisers aan zekerheidsstelling zijn verbonden, kunnen rechtvaardigen. Negatieve gevolgen zijn namelijk niet aan de orde.

voor verhaal vatbare vermogen van de schuldenaar behoort.³³ Om die reden stelt het Oostenrijkse recht dezelfde eisen aan de vestiging van een pandrecht als aan de overdracht tot zekerheid: in beginsel is daarvoor vereist dat de zaak uit de macht van de schuldenaar wordt gebracht. Voor het eigendomsvoorbehoud gelden deze eisen niet. Aangezien het eigendomsvoorbehoud aansluit bij de regel van ‘gelijk oversteken’, leidt het bedingen van een eigendomsvoorbehoud niet tot een afname van het voor verhaal vatbare vermogen.³⁴ Zonder het eigendomsvoorbehoud zou de zaak evenmin tot het vermogen van de koper behoren, zodat schuldeisers zich dan evenmin op de zaak zouden kunnen verhalen.³⁵ Volgens een aantal Oostenrijkse auteurs is het eigendomsvoorbehoud daarmee voor de overige schuldeisers van de koper zelfs gunstiger dan het wettelijke uitgangspunt van ‘gelijk oversteken’. Zonder eigendomsvoorbehoud is de verkoper überhaupt niet gehouden de zaak reeds in de macht van de koper te brengen. Door het eigendomsvoorbehoud kan de koper reeds profiteren van de voordelen die verbonden zijn aan het feit dat hij de zaak reeds in zijn macht heeft. Dat komt zijn schuldeisers ten goede.³⁶

Voor de rechtvaardiging van het eigendomsvoorbehoud ten opzichte van de overige schuldeisers is derhalve beslissend dat in geval van een eigendomsvoorbehoud sprake is van een situatie waarin de zaak ten aanzien waarvan de eigendom wordt voorbehouden, zonder de kredietverlening door de verkoper en het beding van eigendomsvoorbehoud evenmin in het vermogen van de koper terecht zou komen.³⁷ Er wordt derhalve geen vermogensbestanddeel aan het verhaal door de overige schuldeisers onttrokken. De aanschaffinanciering stelt de koper juist in staat om de zaak in de toekomst te verwerven.³⁸

De neutrale werking van het eigendomsvoorbehoud lijkt ogenschijnlijk verstoord te worden indien de koper al een deel van de koopprijs heeft voldaan. Dit hangt samen met het feit dat de prestatie van de koper deelbaar is, terwijl dat voor de prestatie van de verkoper niet geldt. Zijn voor verhaal vatbare vermogen is dan afgenomen, terwijl de daartegenover staande vermogensvermeerdering nog niet is ingetreden. Deze vermindering van het verhaalsvermogen heeft evenwel slechts een tijdelijk karakter. Door betaling van het restant van de koopprijs verkrijgt de koper alsnog de volledige eigendom. Indien de koper de volledige koopprijs niet voldoet, dient de verkoper bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en ontbinding van de koopprijs het reeds aanbetaalde bedragen aan de koper te restitueren (art. 6:271 BW), zodat de vermindering van het vermogen door de gedeeltelijke

33 Rummel/Hofmann 2000, § 451 ABGB, Rn. 2 en Koziol & Welser/Kletečka 2014, p. 415.

34 Spielbüchler 1968, p. 589-590, Frotz 1970, p. 166, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 27 en Koziol & Welser/Kletečka 2014, p. 457-458. Zie hierover kritisch – op basis van publiciteitsoverwegingen – Faber 2015, p. 212-227. Daartegen met overtuigende argumenten: Bydlinski 2015, p. 247-249.

35 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 463, Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 5, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 27, Koziol & Welser/Kletečka 2014, p. 457-458 en Rummel & Lukas/Winner 2016, § 358 ABGB, Rn. 15. Zie voor het Nederlandse recht Vriesendorp 1993, p. 31.

36 Frotz 1970, p. 166-167 en Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 463. In die richting ook Vriesendorp 2001, p. 9-10, die om die reden dan ook alleen een voorrangspositie zou willen toekennen aan de verkoper met betrekking tot zaken waarmee de koper nieuwe inkomsten kan genereren.

37 Vgl. A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 177 die opmerkt dat het eigendomsvoorbehoud trekken vertoont van goederenrechtelijke traceerbaarheid.

38 Vgl. Losecaat Vermeer 1928, p. 23: ‘Tegen de grondgedachte van het eigendomsvoorbehoud, dat de verkoper (...) eigenaar blijft van de van hem afkomstige zaken totdat de koper zijn verplichtingen is nagekomen, bestaat geen enkel bezwaar, en tegenover de overige schuldeisers is daarin niets onbillijks gelegen.’

betaling ongedaan wordt gemaakt.³⁹ Bovendien moet bedacht worden dat de nadelige gevolgen van het feit dat de prestatie van de koper deelbaar is en de prestatie van de verkoper niet, (grotendeels) worden weggenomen doordat de tegenwaarde van de aanbetalingen van de koper zich reeds in zijn vermogen manifesteert doordat hij een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft, dat in economisch opzicht de waarde van de aanbetalingen vertegenwoordigt.⁴⁰ Niet alleen kan de koper reeds voor volledige betaling beschikken over zijn voorwaardelijk eigendomsrecht, ook zijn schuldeisers kunnen zich reeds voor vervulling van de voorwaarde verhalen op dit recht.

Aan het voorgaande wordt voorbijgegaan door Häsemeyer, die in Duitsland veel aandacht heeft gevraagd voor de positie van de koper die de koopprijs reeds gedeeltelijk heeft voldaan. Hij heeft betoogd dat het *Anwartschaftsrecht* in het faillissement van de koper 'konkursfest' zou moeten zijn, omdat dit recht de waarde van de aanbetalingen vertegenwoordigt en dit recht bij gebreke van faillissementsbestendigheid voor diens schuldeisers verloren zou gaan door de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Hij stelt voor dit *Anwartschaftsrecht* te behandelen als een 'gleichwertige Mitberechtigung' ten aanzien van de verkochte zaak,⁴¹ zodat de verkoper en de (curator van de) koper de opbrengst van de verkochte zaak zouden verdelen in de verhouding tussen de nog verschuldigde koopprijs en de aanbetalingen. Daarmee keert hij zich tegen de bevoegdheid van de verkoper om de zaak in het faillissement van de koper als eigenaar op te vorderen, waardoor de volledige waarde van de zaak aan de verkoper wordt toegekend:

'Die dem Erwerber wegen eigener Leistungen zustehende Anwartschaft wird nicht berücksichtigt. Sie geht im Insolvenzverfahren des Erwerbers ersatzlos verloren. (...) Die Masse verliert also Anzahlung plus Anwartschaft.'⁴²

Daarbij miskent Häsemeyer echter dat de (definitieve) uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in beginsel ontbinding van de koopovereenkomst tot gevolg heeft, als gevolg waarvan de verkoper verplicht is het reeds aanbetaalde te restitueren (art. 6:271 BW en § 346 BGB). Bovendien gaat hij voorbij aan het voorwaardelijke karakter van het *Anwartschaftsrecht*: de definitieve verkrijging van (de waarde van) de zaak hangt af van de volledige betaling van de koopprijs, als gevolg waarvan de voorwaarde in vervulling gaat. Het *Anwartschaftsrecht* of het Nederlandse voorwaardelijke eigendomsrecht kan derhalve niet worden beschouwd als een beperkt recht of een aandeel in een gemeenschap, omdat daarmee wordt voorbij gegaan aan het voorwaardelijke karakter van dit recht, waardoor het staat of valt met de volledige betaling van de koopprijs en derhalve met het lot van de koopovereenkomst.⁴³

39 Vgl. Faber 2015, p. 218.

40 Zie voor het Duitse *Anwartschaftsrecht* Brinkmann 2011, p. 263 en voor Oostenrijk Faber 2015, p. 218. Vgl. ook Häsemeyer 1992, p. 158-159.

41 Häsemeyer 1992, p. 156.

42 Häsemeyer 2003, p. 382. Reeds in die zin Häsemeyer 1992, p. 156-159.

43 Zie treffend Marotzke 1996, p. 432, voetnoot 14: '»Insolvenzschutz für das Anwartschaftsrecht« bedeutet ja nicht, daß der Käufer das Eigentum auch ohne Kaufpreiszahlung erwerben könnte.' Zie over dit causale karakter van het voorwaardelijk eigendomsrecht hierna in hoofdstuk 8, paragraaf 8.4.5.

De neutrale werking van het eigendomsvoorbehoud lijkt daarnaast in het gedrang te komen indien de verkochte zaak tussentijds in waarde daalt. Indien de koper al een deel van de koopprijs heeft voldaan, maar vervolgens in gebreke blijft met de voldoening van het restant, leidt de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud er toe dat het voor verhaal vatbare vermogen van de koper afneemt. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Een zaak wordt verkocht voor € 1000,- en de koper heeft € 200,- aanbetaald. Indien de koper vervolgens in gebreke blijft met de voldoening van het restant, kan de verkoper overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Hij dient dan de aanbetaalde € 200,- te restitueren. Indien de verkochte zaak ten tijde van de uitoefening nog slechts € 900,- waard is, kan de verkoper de restitutieverbintenis verrekenen met de schadevergoedingsvordering ex artikel 6:277 BW. Ogenschoijnlijk wordt de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud hier doorbroken, doordat het voor verhaal vatbare vermogen van de koper met € 100,- is afgenomen. Daarbij dient evenwel bedacht te worden dat deze afname van het verhaalsvermogen geen gevolg is van het beding van het eigendomsvoorbehoud, maar van de waardedaling van de zaak. Deze waardedaling is bovendien evenmin een gevolg van het eigendomsvoorbehoud, maar (bijvoorbeeld) van het feit dat veel zaken door tijdsverloop in waarde dalen. Indien de koper de koopprijs terstond volledig zou hebben voldaan, zou hij weliswaar terstond eigenaar worden van de zaak van € 1000,-, maar zou de zaak evenzeer in de loop der tijd in waarde zijn gedaald. Om vergelijkbare redenen kan tegen de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud ook niet worden aangevoerd dat de verkochte zaak en de koopprijs niet noodzakelijkerwijs gelijkwaardig behoeven te zijn, waardoor een te hoge prijs wel degelijk een vermindering van het verhaalsvermogen tot gevolg heeft.⁴⁴ Dat zou namelijk eveneens het geval zijn in de situatie waarin de verkoper en de koper de beide prestaties gelijktijdig zouden hebben uitgewisseld.

Tegen de achtergrond van deze neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud blijkt ook duidelijk dat er geen redenen bestaan om het eigendomsvoorbehoud te onderwerpen aan de executieregels voor het pandrecht. Het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW) en de verplichting om overwaarde af te dragen (art. 3:253 BW) strekken ertoe te voorkomen dat de pandhouder zich bevoordeelt ten koste van de schuldenaar en diens overige schuldeisers, doordat hij een surplus zou behouden dat behoort toe te komen aan de schuldenaar, van wiens vermogen de geëxecuteerde zaak onderdeel uitmaakt.⁴⁵ Bij het eigendomsvoorbehoud is daarvoor geen noodzaak. Afgezien van het feit dat de waarde van de zaak de koopprijs gewoonlijk niet zal overstijgen, bestaat er geen grond om een eventueel surplus af te dragen aan de koper, omdat de zaak niet afkomstig is uit zijn vermogen.⁴⁶ Afdoende is dat bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud wordt afgewikkeld overeenkomstig de ontbindingsregels, waarmee wordt gewaarborgd dat de koper eventuele aanbatalingen terugontvangt.⁴⁷

44 In die richting Von Wilmsky 1996, p. 211.

45 Zie hierna in hoofdstuk 9, voetnoot 88.

46 Zie hierna in hoofdstuk 5, paragraaf 5.8.

47 H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiducia-verbod', *WPNR* 1994 (6119), p. 10, Henckel 1994, p. 215 en Mincke 1995, p. 176.

Dat de overige schuldeisers van de koper niet worden benadeeld indien de onbetaald gebleven verkoper de verkochte zaak kan terugvorderen, ligt ook als ratio ten grondslag aan de regeling van het recht van reclame. Hoewel de huidige wetgever geen principiële argumenten noemde ter rechtvaardiging van het recht van reclame en volstond met de opmerking dat het bedrijfsleven aan de figuur hecht,⁴⁸ had de wetgever ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel een duidelijkere visie over de rechtvaardiging van het recht van reclame. In de memorie van toelichting wordt ingegaan op de ogenschijnlijk nadelige gevolgen van het recht van reclame voor de overige schuldeisers van de koper:

‘[Men] zoude (...) met eenigen schijn van grond hebben kunnen aanvoeren, dat de overige schuldeisers der massa door zoodanige reclame nadeel lijden; maar men kan bij geene mogelijkheid zien of nagaan, dat iemand eenigzins zoude kunnen benadeeld worden, indien de verkooper zich in het bezit herstelt van verkochte goederen, die hij ter goeder trouw heeft geleverd of afgezonden in de hoop en verwachting van dadelijke betaling te erlangen, en ten zijnen opzigte de goede trouw is geschonden.’⁴⁹

De mogelijkheid om de verkochte zaak te reclameren leidt derhalve niet tot een nadeligere verhaalspositie van de overige schuldeisers. Integendeel, volgens de wetgever zouden de overige schuldeisers worden bevoordeeld indien zij zich zouden kunnen verhalen op de verkochte, maar nog niet betaalde zaak.⁵⁰ Het recht van reclame en het eenvoudig eigendomsvoorbehoud laten zich daarmee beide rechtvaardigen door de omstandigheid dat zij geen benadeling van de overige schuldeisers tot gevolg hebben.

3.4.2 *Het eenvoudig eigendomsvoorbehoud in de Insolvenzordnung*

Illustratief voor de rechtvaardiging van het eenvoudig eigendomsvoorbehoud is de discussie over de wijze waarop de Duitse *Insolvenzordnung* de positie van de verkoper in het faillissement van de koper heeft geregeld. Daarin blijkt duidelijk de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud, als uitvloeisel van de functie van het eigendomsvoorbehoud als wederkerigheidsinstrument, dat is ingebed in de koopovereenkomst.

48 T.M., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 277-278. Zie daarover (kritisch) Fikkers 1992, p. 81-83 en Verstijlen 2006, p. 1184. Zie daarover ook hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.10.

49 Voorduin 1841, p. 16 en J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het ontwerp van Wetboek van Koophandel. Tweede Deel. Zittingsjaar 1825-1826*, 's Gravenhage: Martinus Nijhoff 1880, p. 782.

50 Voorduin 1841, p. 17 alwaar de wetgever motiveert waarom de Franse regel dat de goederen zich in opgeopende staat dienen te bevinden niet is overgenomen. Een dergelijke regel zou tot gevolg hebben dat het ‘aan den failliet zoude vrijstaan, door een eenvoudig middel, zijne overige schuldeischers, ten nadeele van den verkooper, te bevoordeelen.’ Zie ook in deze richting de *Memorie van van eenige Consideratiën, betrekkelijk het tweede Boek van het ontworpen Burgerlijk Wetboek* d.d. 28 september 1807 bij het Ontwerp-Van der Linden, waar op p. 1 valt te lezen dat ‘zoo lang de koper het goed bezit, en niet betaald heeft, de reclame tegen hem billijk is, en dat het eene schreeuwende hardheid is, dat men zijn eigen goed, hetwelk nog onbetaald is, ten voordele van de massa der crediteuren moet zien verkoopen.’ Daarbij verdient opmerking dat Van der Linden een systeem leek voor te staan waarbij prijsbetaling als vereiste voor eigendomsoverdracht had te gelden, zoals ook uit dit citaat blijkt. Zie R. Feenstra, *Reclame en revindicatie* (diss. Amsterdam), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1949, p. 106.

De verkoper kan de verkochte zaak in het faillissement van de koper opvoeren en blijft daarmee buiten de afwikkeling van het faillissement. Hij heeft een zogenoemd *Aussonderungsrecht*.⁵¹ Deze positie nam de verkoper ook al in onder de daarvoor geldende *Konkursordnung*,⁵² maar bij de herziening is overwogen om de verkoper slechts een *Absonderungsrecht* toe te kennen.⁵³ Een *absonderungsberechtigte* schuldeiser is een faillissementsschuldeiser en heeft slechts recht op ‘abgesonderte Bedriedigung’, hetgeen betekent dat hij met voorrang uit de opbrengst van de zaak wordt voldaan (§ 50 InsO). Ondanks de ogenschijnlijke verwantschap, verschillen het *Aus-* en *Absonderungsrecht* fundamenteel van elkaar. Een *Absonderungsrecht* geeft een prioritaire aanspraak ten aanzien van een goed dat onderdeel uit maakt van het voor verhaal vatbare vermogen van de schuldenaar. Een *Aussonderungsrecht* kan daarentegen juist geldend worden gemaakt indien het desbetreffende goed *niet* tot het verhaalsvermogen van de failliet behoort.⁵⁴ De kwalificatie als *Absonderungsrecht* houdt daarmee de erkenning in dat een bepaald goed tot de faillissementsboedel behoort, terwijl het *Aussonderungsrecht* betrekking heeft op goederen waarvoor dat juist niet geldt.

Volgens sommigen zou de aanspraak van de verkoper in geval van faillissement van de koper vanwege het zekerheidskarakter van het eigendomsvoorbehoud, net als de aanspraak van een zekerheidseigenaar, moeten worden beperkt tot een *Absonderungsrecht*.⁵⁵ In lijn daarmee is in de eerste bevindingen voor de herziening van het insolventierecht door de *Erste Kommission für Insolvenzrecht* inderdaad voorgesteld de verkoper slechts een *Absonderungsrecht* te verlenen.⁵⁶ In de literatuur werd daarop onder meer door Serick en Huber scherpe kritiek geuit. Omdat de degradatie van *Aussonderungsrecht* tot *Absonderungsrecht* in feite leidt tot een herkwalificatie ten aanzien van het verhaalsrechtelijke toebehoren van de zaak, zou volgens Serick sprake zijn van een ‘Enteignung zum Nulltarif’. Aan de verkoper wordt door het uitspreken van het faillissement van de koper de eigendom ontnomen, omdat met de kwalificatie tot *Absonderungsrecht* tegelijkertijd is vastgesteld dat de zaak onderdeel uitmaakt van het voor verhaal vatbare vermogen van de koper:

51 MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 62, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 12, Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 25 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 72.

52 Zie bijv. BGH 1 juli 1970, *NJW* 1970, 1733.

53 Zie voor een overzicht Serick 1993, p. 254 e.v., die op p. 266 de uiteindelijke herwaarding van het eigendomsvoorbehoud tot *Aussonderungsrecht* een ‘fast sensationelle Kehrtwendung in der 16-jährigen Geschichte der offiziellen Bemühungen um die Insolvenzrechtsreform’ noemt.

54 Häsemeyer 2003, p. 255, Jaeger/Henckel 2004, § 47 InsO, Rn. 30 en MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 12. Hierbij moet bedacht worden dat het bij de vraag of een bepaald goed tot het vermogen van de failliet behoort niet zozeer gaat om de goederenrechtelijke, maar om de verhaalsrechtelijke toewijzing van het goed. Als een goed goederenrechtelijk niet aan de failliet toebehoort, betekent dit niet zonder meer dat het hem *haftungsrechtlich* evenmin toebehoort. Het meest duidelijke voorbeeld daarvan is de zekerheidseigendom. Zie Häsemeyer 1992, p. 153-155 en Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 2 en 9.

55 Zo bijv. Hübner 1980, p. 729-735 en Häsemeyer 2003, p. 380 met verdere verwijzingen. In die richting ook Brinkmann 2011, p. 195-199 die differentieert al naar gelang het eigendomsvoorbehoud een zekerheidskarakter heeft, waarvan volgens hem sprake is bij een betalingstermijn van meer dan dertig dagen.

56 *Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht*, Köln: RWS 1985, p. 311.

‘Der Schuldner wird Eigentümer, und zwar selbst dann, wenn er noch nicht einen Pfennig auf den Kaufpreis bezahlt hat. Vom verlierenden Vorbehaltseigentümer her gesehen: Dieser wird im Blick auf den ihm geschuldeten Kaufpreis zum Nulltarif enteignet. Seine Entschädigung für die Degradierung seines Vorbehaltseigentums zu einem Pfandrecht an der Eigentum des Schuldners gewordenen Vorbehaltware wird völlig unberechenbar und kann als Verwertungserlös aus der Pfandsache weit unter dem geschuldeten Kaufpreis liegen.’⁵⁷

Op de achtergrond speelde daarbij een rol dat de nieuwe insolventiewetgeving een kostenbijdrage introduceerde voor schuldeisers met een *Absonderungsrecht*.⁵⁸ Op grond van § 171 InsO worden ten behoeve van de boedel 4% aan vaststellingskosten en 5% aan executiekosten van de opbrengst van een goed ingehouden, alvorens de opbrengst aan de *absonderungsberechtigte* schuldeiser wordt uitgekeerd. Volgens Huber valt niet te rechtvaardigen dat de verkoper een dergelijke kostenbijdrage zou moeten betalen. De introductie van een kostenbijdrage moet volgens hem worden gezien als een beperking van de beschikkingsvrijheid van de schuldenaar, in die zin dat hij niet zijn gehele vermogen als onderpand kan benutten.⁵⁹ Deze beperking van de beschikkingsvrijheid is opgenomen ten behoeve van de concurrente schuldeisers, zodat zij niet volledig met lege handen komen te staan in geval van faillissement doordat het gehele vermogen tot zekerheid voor bepaalde vorderingen strekt.⁶⁰

Voor het eenvoudig eigendomsvoorbehoud geldt deze ratio volgens Huber niet. Aangezien de verkochte zaak geen onderdeel uitmaakt en ook geen onderdeel heeft uitgemaakt van het vermogen van de koper, is er geen reden hem een kostenbijdrage te laten betalen om daarmee andere schuldeisers te beschermen.⁶¹ De schuldeisers van de koper wordt door middel van het eigendomsvoorbehoud geen vermogensbestanddeel ontnomen, waarop zij zich anders wel zouden kunnen verhalen. Daarmee veronachtzaamt het voorstel van de *Erste Kommission* volgens Huber de wederkerigheid van de koopovereenkomst, die inhoudt dat de koper pas eigenaar wordt als hij de koopprijs voldoet. Niet goed valt volgens hem in te zien waarom dit in geval van faillissement van de koper niet meer zou gelden; daardoor zouden aan de faillissementsboedel meer rechten toekomen dan aan de failliete schuldenaar voor faillissement. Bovendien gaat de ratio van de kostenbijdrage volgens hem niet op. Zij is gelegen in een herverdeling van het voor verhaal beschikbare vermogen van de failliet tussen schuldeisers met een prioritaire aanspraak enerzijds en de overige schuldeisers anderzijds. Bij het toekennen van een *Absonderungsrecht* aan de verkoper is evenwel geen sprake van een (interne) herverdeling van het voor verhaal vatbare vermogen, maar wordt het verhaalvermogen uitgebreid ten koste van de verkoper, aan wie een vermogensbestanddeel wordt ontnomen.

57 R. Serick, ‘Mobiliarsicherheiten im Diskussionsentwurf zur Reform des Insolvenzrechts – Möglichkeiten der Enteignung von Vorbehaltslieferanten zum Nulltarif’, *ZIP* 1989, p. 412. Vgl. ook Serick 1986, p. 852 e.v.

58 Zie Serick 1986, p. 833 en aanstonds in de hoofdtekst.

59 Huber 1987, p. 759.

60 Daarbij dient bedacht te worden dat Huber zijn kritiek uitte op het moment dat nog een kostenbijdrage van 25% van de opbrengst was voorzien. Dat voorstel strekte tot bescherming van de overige schuldeisers. Dat voorstel is er niet gekomen, waarmee ook de gedachte van schuldeisersbescherming is verlaten. Aan de huidige kostenbijdrage ligt ten grondslag dat de kosten moeten worden gedragen door degene die profijt heeft van de executie, namelijk de zekerheidsgerechtigde.

61 Huber 1987, p. 759.

Ook op dit punt blijkt de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud, die voortvloeit uit het feit dat sprake is van tegenover elkaar staande prestaties, waardoor er geen reden is de overige schuldeisers te compenseren door middel van een kostenbijdrage. De herkwalficatie van het eigendomsrecht van de verkoper tot *Absonderungsrecht* verdraagt zich bovendien moeilijk met de functie van het eigendomsvoorbehoud, zoals dat in het vorige hoofdstuk aan bod kwam. Door Marotzke wordt gewezen op het probleem dat de verkoper na faillietverklaring van de koper de overeenkomst zou kunnen ontbinden, waardoor de koopprijsvordering tenietgaat.⁶² Aangezien de ontbinding bewerkstelligt dat de voorwaarde nooit in vervulling zal gaan, kan de koper ook nooit meer eigenaar worden van de zaak en zou men alsnog moeten aannemen dat de zaak geen onderdeel uitmaakt van de faillissementsboedel, zodat de verkoper alsnog zou kunnen bewerkstelligen dat hij een *Aussonderungsrecht* heeft. Bovendien zou *abgesonderte Befriedigung* in een dergelijk geval in het geheel niet meer mogelijk zijn, omdat de koopprijsvordering door ontbinding is tenietgegaan en de verkoper aldus geen vordering meer heeft die hij met voorrang op de opbrengst zou kunnen verhalen.⁶³ Hieruit blijkt dat de behandeling als zekerheidsrecht zich niet verdraagt met de functie van het eigendomsvoorbehoud als middel om de rechten van de verkoper bij ontbinding te waarborgen.

Uiteindelijk is door de Duitse wetgever afgezien van de beperking van de aanspraken van de verkoper tot een *Absonderungsrecht*,⁶⁴ maar om meer pragmatische redenen.⁶⁵ Zij hangen samen met de problematiek rond de kostenbijdrage van § 171 InsO. Een schuldeiser die zijn rechtspositie versterkt door middel van een zekerheidsoverdracht of zekerheidscessie is in staat om de kostenbijdrage, aldus de wetgever op te vangen, door te zorgen voor een 'ausreichende Bemessung' van zijn zekerheden. Hij kan de kredietverlening aldus inrichten dat gewaarborgd is dat de opbrengst van het onderpand niet alleen voldoende is om de vordering tot terugbetaling van het verleende krediet te voldoen, maar ook de bijdrage in de kosten. Anders ligt dit, aldus de wetgever, voor de verkoper onder eigendomsvoorbehoud. De verkoper heeft niet de mogelijkheid om zekerheid te verkrijgen voor de kostenbijdrage, omdat zijn 'zekerheid' beperkt is tot de verkochte zaak zelf. Hij kan niet zomaar de hoogte van de koopprijsvordering afstemmen op de kostenbijdrage. Terecht merkt Serick op dat de wetgever met deze rechtvaardiging 'im Vorhof des Wesentlichen' blijft, aangezien hij het behoud van een *Aussonderungsrecht* op grond van praktische redenen rechtvaardigt, terwijl de kwalificatie als *Absonderungsrecht* volgens Serick overduidelijk onverenigbaar is met de aard van het eigendomsvoorbehoud.⁶⁶ De wetgever lijkt de herkwalficatie van het eigendomsvoorbehoud tot *Absonderungsrecht* vooral om praktische redenen problematisch te achten, terwijl de onmogelijkheid daarvan in werkelijkheid een noodzakelijk gevolg is van de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud, die een uitvloeisel

62 Marotzke 1991, p. 187-188. Men zou dit probleem kunnen oplossen door de verkoper de ontbindingsbevoegdheid te ontnemen. Zie daarover (kritisch) hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.12.

63 Marotzke 1991, p. 187-188.

64 Zie *BT-Drucks. 12/2443*, p. 87.

65 Zie H.-G. Landfermann, 'Regierungsentwurf einer neuen Insolvenzordnung vom 21.11.1991', *ZIP* 1991, p. 1661. Zie ook *BT-Drucks. 12/2443*, p. 181 en Serick 1993, p. 266 e.v. Een bijkomend voordeel was dat er geen omzetbelasting ten laste van de boedel zou komen.

66 Serick 1993, p. 267.

vormt van de wederkerigheid van de beide prestaties. Daardoor is het voor de verkoper onmogelijk om de prijs van de zaak aan te passen aan een eventuele kostenbijdrage.

3.4.3 *Intermezzo: eigendomsvoorbehoud versus bodemrecht*

Tegen de achtergrond van het voorgaande moet worden vastgesteld dat er geen goede grond bestaat om de belangen van de verkoper te laten wijken voor het bodemrecht van de fiscus (artikel 22 lid 3 IW). Afgezien van het feit dat deze achterstelling berust op de in het vorige hoofdstuk bestreden gedachte dat het eigendomsvoorbehoud een zekerheidsfiguur is die zich laat vergelijken met het pandrecht en de onder het oude recht gebruikelijke zekerheidsoverdracht,⁶⁷ komt zij in strijd met de ratio die ten grondslag ligt aan de toekenning van het bodemrecht aan de fiscus.

De toekenning van het bodemrecht aan de fiscus berust oorspronkelijk op de gedachte dat daarmee voorkomen kan worden dat het verhaal van de fiscus op aan de belastingschuldenaar toebehorende vermogensbestanddelen zou kunnen worden vrijdeld doordat de belastingschuldenaar deze vermogensbestanddelen overdraagt aan een derde, teneinde het verhaal door de fiscus te frustreren.⁶⁸ Het bodemrecht beoogde zodanige misbruikconstructies te voorkomen, door met betrekking tot bodemzaken bij de verhaalsuitoefening door de fiscus geen gewicht toe te kennen aan de omstandigheid dat de desbetreffende zaak niet (meer) toebehoorde aan de belastingschuldenaar. Nadien oordeelde de Hoge Raad echter dat uit die strekking niet mag worden afgeleid dat ‘de aanwezigheid van een bepaald misbruik voor alle gevallen tot voorwaarde is gemaakt voor de toepasselijkheid van de bepaling.’⁶⁹ Het ontbreken van een misbruikaspect is dus geen omstandigheid waardoor het bodemrecht niet kan worden uitgeoefend.

In de loop der tijd is een ander aspect de boventoon gaan voeren. Het bodemrecht wordt ‘niet alleen toegepast in aperte misbruiksituaties, doch ook in de situaties waarin het voorrecht van de fiscus gefrustreerd wordt.’⁷⁰ Het gaat daarbij om situaties in de bedrijfssfeer, waarin in het kader van de financiering van een onderneming ‘een situatie wordt geschapen die inhoudt dat de onder de overeenkomst vallende goederen worden gebruikt in het bedrijf dat daarvan de lusten en lasten heeft, terwijl een ander daarvan eigenaar is.’⁷¹ Het bodemrecht richtte zich daarmee tegen de onder het oude recht gebruikelijke praktijk van de zekerheidsoverdracht, waarbij het verhaal van de fiscus gefrustreerd dreigde te worden doordat bodemzaken werden overgedragen teneinde een voorrangspositie te creëren die, omdat de desbetreffende zaken niet meer tot het vermogen van de belastingschuldenaar behoorden, het verhaalsrecht van de fiscus illusoir dreigde te maken. Door ook in dit geval geen rekening te houden met de omstandigheid dat de zaken

⁶⁷ Zie hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.5. Deze gedachte komt men name tot uitdrukking bij de kwalificatie van het eigendomsrecht van de verkoper als niet-reële eigendom, omdat de zaken in economisch opzicht in overwegende mate aan de koper zouden toebehoren. Zie art. 22.8.10 Leidraad Invordering 2008.

⁶⁸ M.v.T., *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, 3, p. 878 en M.v.A., *Kamerstukken II* 1844/45, XXV, 5, p. 883. Zie ook HR 3 oktober 1980, *NJ* 1981, 60 m.nt. W.M. Kleijn (*Ontvanger/Schriks q.q.*), rov. 5.

⁶⁹ HR 8 januari 1981, *NJ* 1981, 656 m.nt. F.H.J. Mijnsen (*Honeywell Bull/Ontvanger*).

⁷⁰ M.v.T., *Kamerstukken II* 1987/88, 20588, 3, p. 66.

⁷¹ M.v.T., *Kamerstukken II* 1987/88, 20588, 3, p. 67.

niet tot het vermogen van de belastingschuldenaar behoren, bleef het voorrangrecht van de fiscus gewaarborgd.⁷² De exceptie voor reële eigendom, die op grond van de beleidsregels van de fiscus wordt ontzien, ligt in het verlengde daarvan: zolang het eigendomsrecht van de derde er niet slechts toe strekt een voorrangpositie boven de fiscus te creëren, maar de zaak de derde ‘daadwerkelijk’ toebehoort, wordt de aan hem toebehorende zaak niet ten behoeve van het verhaal door de fiscus geëxecuteerd.

Uit het voorgaande blijkt dat er een nauw verband bestaat tussen het bodemrecht en het voorrecht dat de fiscus op grond van artikel 21 IW heeft op aan de belastingschuldenaar toebehorende goederen.⁷³ Zowel in de oorspronkelijke functie van misbruikbestrijding als in de tegen zekerheidsfiguren gerichte benadering strekt het bodemrecht ertoe te voorkomen dat het fiscale voorrecht op aan de belastingschuldige toebehorende goederen illusoir wordt gemaakt doordat de desbetreffende goederen aan het vermogen van de belastingschuldige worden onttrokken. In beide benaderingen ligt daaraan stilzwijgend de vooronderstelling ten grondslag dat de bodemzaken, bij gebreke van de gewraakte constructies, wél tot het vermogen van de belastingschuldige zouden behoren, zodat de fiscus zich daarop zou kunnen verhalen en in dat kader het voorrecht van artikel 21 IW geldend zou kunnen maken.⁷⁴ Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, gaat die strekking bij onder eigendomsvoorbehoud overgedragen bodemzaken evenwel niet op. Aangezien de door de verkoper verschaftte financiering er juist toe strekt dat de belastingschuldige de zaak verwerft, zou de zaak bij gebreke van de financiering door de verkoper – en derhalve bij gebreke van het eigendomsvoorbehoud – niet in het vermogen van de belastingschuldige aanwezig zijn. In een dergelijk geval zou de fiscus zich ook niet met voorrang op de door de verkoper geleverde zaken kunnen verhalen. Door middel van het eigendomsvoorbehoud worden derhalve geen zaken aan het verhaal door de fiscus onttrokken. Vanwege de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud wordt de positie van de fiscus door het beding niet verslechterd. Er bestaat derhalve geen rechtvaardiging voor de achterstelling van de rechten van de verkoper ten opzichte van de fiscus.⁷⁵

72 Zie bijv. *Kamerstukken II* 1988/89, 20588, 6, p. 22: ‘Indien de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de desbetreffende goederen er (...) aanleiding toe geeft de beslagen goederen aan te merken als goederen van de belastingschuldige, en de omstandigheid dat juridisch de goederen aan een ander toebehoren in hoofdzaak is geschapen om verhaal op de goederen uit te sluiten dan wel om te bereiken dat de derde zich bij voorrang op die goederen kan verhalen, zal de ontvanger dit louter «juridische» eigendomsrecht (...) niet respecteren en derhalve niet afzien van gebruikmaking van het bodemrecht.’

73 M.v.T., *Kamerstukken II* 1987/88, 20588, 3, p. 67: ‘[B]ij gebreke van het fiscale bodemrecht [zou de ontvanger] in veel gevallen nauwelijks of geen verhaalsmogelijkheden hebben. Het voorrecht van de fiscus zou in de praktijk dan ook weinig of niets voorstellen.’

74 Vgl. HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980, 280 m.nt. W.H. Heemskerk en F.H.J. Mijnsen (*Ontvanger/Ametagro*): ‘De bepaling heeft de strekking te voorkomen dat het verhaal van de fiscus (...) geheel of gedeeltelijk gefrustreerd zou kunnen worden doordat goederen die zich onder de schuldenaar bevinden als nader bepaald in art. 16 lid 3 buiten het vermogen van de schuldenaar worden gehouden of gebracht door middel van een overeenkomst of andere rechtshandeling tussen de schuldenaar en derden.’ Indien de zaak bij gebreke van de desbetreffende overeenkomst of rechtshandeling namelijk evenmin tot het vermogen van de belastingschuldenaar zou behoren, zou het verhaal door de fiscus niet worden gefrustreerd.

75 Moeite heb ik met de argumentatie van A-G Huydecoper in punt 20-23 van diens conclusie voor HR 17 oktober 2008, *NJ* 2009, 92 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Singulus*) en punt 15 van diens conclusie voor HR 9 november 2012, *NJ* 2013, 510 m.nt. H.J. Snijders (*ABN AMRO Lease/Ontvanger*), volgens wie het bodemrecht simpelweg een compromis is tussen verschillende belangen die in een bepaalde vorm wettelijk is verankerd ‘niet omdat die zó het beste aansluit bij de beoogde strekking van de regel of bij de over en weer afgewogen materiële en juridische belangen, maar omdat de slinger van een wat moeizaam verlopen

Op de achtergrond lijkt intussen voor de wetgever ook nog een ander aspect een rol te spelen. Met de onderwerping van het eigendomsvoorbehoud aan het bodemrecht lijkt de wetgever mede te willen voorkomen dat het eigendomsvoorbehoud een alternatief zou worden voor financiers die gewoonlijk een pandrecht bedingen, om aldus een aanspraak te krijgen die niet hoeft te wijken voor de fiscus. Het onderwerpen van het eigendomsvoorbehoud aan het bodemrecht strekt er derhalve mede toe te voorkomen dat het bedingen van een eigendomsvoorbehoud een alternatief zou worden voor pandhouders, waardoor alsnog de verhaalspositie van de fiscus gefrustreerd zou kunnen worden.⁷⁶ Deze argumentatie miskent echter dat het eigendomsvoorbehoud en het pandrecht geen inwisselbare figuren zijn. Afgezien van het feit dat beide figuren een ander zekerheidsaspect hebben, heeft het pandrecht (in beginsel) betrekking op aan de belastingschuldenaar toebehorende goederen, terwijl het eigendomsvoorbehoud juist uitsluitend mogelijk is ten aanzien van zaken die niet aan de belastingschuldenaar toebehoren.⁷⁷

Het eigendomsvoorbehoud vertoont op dit punt veel meer gelijkenis met het recht van reclame dan met de zekerheidsfiguren die beogen een voorrangspositie te verschaffen bij verhaal op het vermogen van de belastingschuldenaar. De uitoefening van het recht van reclame bewerkstelligt dat het recht van de koper eindigt (art. 7:39 BW), zodat de verkoper bij ontbinding van de koopovereenkomst een goederenrechtelijke aanspraak heeft. Door de goederenrechtelijke werking van de uitoefening van het recht van reclame hoeft de verkoper een door de fiscus op de zaak gelegd beslag niet tegen zich te laten gelden.⁷⁸ De gedachte zou kunnen opkomen dat het door de fiscus gelegde beslag vanaf het moment van uitoefening van het recht van reclame zou hebben te gelden als een bodembeslag in de zin van artikel 22 IW, zodat de verkoper alsnog achter het net zou vissen. Bij de totstandkoming van de Invoeringswet 1990 is door de minister echter duidelijk gemaakt dat het eigendomsrecht van de reclamerende verkoper in een zodanig geval moet worden geëerbiedigd, omdat niet geldt dat sprake is van een situatie waarin de zaken juridisch toebehoren aan een derde, die 'in hoofdzaak is geschapen om verhaal op de goederen uit te sluiten dan wel om te bereiken dat

politiek krachtenspel daár tot stilstand is gekomen', zodat de regel bezwaarlijk op grond van billijkheidsargumenten of teleologische argumenten nader zou kunnen worden begrensd. Problematisch aan een zodanige interpretatie is dat zij leidt tot een toepassing van het bodemrecht op gevallen die overduidelijk niet door de ratio van de regeling worden gedekt. Dat laat zich vanwege de verstrekkende consequenties die het bodemrecht heeft voor de verkoper niet goed volhouden.

76 M.v.T., *Kamerstukken II* 1992/93, 22942, 3, p. 4-5. Vgl. ook Nota II, *Kamerstukken II* 2012/13, 33402, 14, p. 36 en punt 10 en 13 van de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 9 november 2012, *NJ* 2013, 510 m.nt. H.J. Snijders (*ABN AMRO Lease/Ontvanger*).

77 Een uitzondering vormt de *sale-and-lease-back*-constructie, zoals aanvaard in HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 m.nt. W.M. Kleijn (*Keerweer q.q./Sogelease*). De hiervoor in de hoofdttekst genoemde rechtvaardiging van het eigendomsvoorbehoud (neutraliteit ten opzichte van overige schuldeisers) biedt een additioneel argument voor de beperking van die constructie tot gevallen van aanschaffinanciering. Zie voor andere argumenten voor deze beperking, gebaseerd op de strekking van art. 3:84 lid 3 BW, hierna in hoofdstuk 9, paragraaf 9.5.

78 Fikkers 1992, p. 260-261 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 960. Vgl. ook T.M., *Parl. Gesch. Boek 7 BW* (*Inv. 3, 5 en 6*), p. 279. Zie voor de werking van de regel van art. 33 lid 2 Fw in verband met een door de fiscus gelegd beslag indien na de beslaglegging het faillissement wordt uitgesproken Fikkers 1992, p. 268 en Vriesendorp 1998, p. 29.

de derde zich bij voorrang op die goederen kan verhalen.⁷⁹ Uitoefening van het recht van reclame verschaft de verkoper derhalve reële eigendom:

‘Als voorbeeld van contracten waaraan de ontvanger in dergelijke geconstrueerde situaties voorbij kan gaan, kunnen worden genoemd huurkoop, verschillende vormen van leasing en andere vormen van levering onder eigendomsvoorbehoud, alsmede de eigendomsoverdracht van goederen aan een derde tot zekerheid.

Het recht van reclame (...) is (...) van een geheel andere aard. Dit recht biedt de verkoper (...) de mogelijkheid roerende goederen die zijn geleverd doch waarvan de koopprijs niet geheel is betaald, terug te vorderen. In deze situatie zijn de goederen geen eigendom meer van de koper/belastingsschuldige en zal, nu niet sprake is van een bewust gecreëerde situatie als hiervoor bedoeld, de ontvanger het beslag daarop opheffen.⁸⁰

Ondanks het feit dat de fiscus na uitoefening van het recht van reclame op grond van artikel 22 lid 3 IW bodembeslag kan leggen op de gereclameerde zaken, zal het eigendomsrecht van de verkoper op grond van de procedure van artikel 22 IW alsnog worden ontzien, omdat sprake is van reële eigendom.⁸¹ Deze kwalificatie van het eigendomsrecht van de onbetaald gebleven verkoper na uitoefening van het recht van reclame zou evenzeer moeten gelden voor de verkoper die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen.⁸² Beide figuren zijn op dit punt inwisselbaar, terwijl niet goed valt in te zien waarom de omstandigheid dat de verkoper die, door een eigendomsvoorbehoud te bedingen, reeds rekening houdt met de mogelijkheid dat de koper niet betaalt, anders behandeld zou moeten worden. Van een ‘geconstrueerde situatie’ is geen sprake. Aangezien de koper de koopprijs nog niet heeft betaald, zouden de zaken bij gebreke van het eigendomsvoorbehoud evenmin vatbaar zijn voor verhaal door de fiscus. De willekeurigheid van het onderscheid tussen het eigendomsvoorbehoud en het recht van reclame blijkt bovendien uit de omstandigheid dat de verkoper die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen er eveneens voor kan kiezen om – indien aan de uitoefeningsvoorwaarden is voldaan – het recht van reclame in te roepen.⁸³

79 M.v.A., *Kamerstukken II* 1988/89, 20588, 6, p. 22.

80 M.v.A., *Kamerstukken II* 1988/89, 20588, 6, p. 22.

81 Anders dan Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 614 lijkt te menen, is derhalve niet beslissend dat het recht van reclame niet meer in de aanhef van art. 22 lid 3 IW wordt genoemd. Daarbij wordt namelijk voorbijgegaan aan de omstandigheid dat ondanks de rechtsgeldigheid van het bodembeslag overeenkomstig art. 22 lid 3 IW, het eigendomsrecht van de verkoper op grond van lid 1 alsnog wordt ontzien, omdat sprake is van reële eigendom. Zo ook: J.J. Vetter & A.J. Tekstra, *Invordering van belastingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 241, voetnoot 1. Anders: Fikkers 1992, p. 269, voetnoot 139 en Vriesendorp 1998, p. 29, volgens wie de fiscus het bodemrecht in faillissement geldend zou kunnen maken door bodembeslag te leggen tussen het moment van uitoefening van het recht van reclame en het afvoeren van de bodem van de gereclameerde zaken. Hijma, Fikkers en Vriesendorp lijken hun standpunt mede te baseren op M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Aanpassing van de overige wetten (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 302, alwaar wordt opgemerkt dat het recht van reclame wordt geschrapt uit art. 22 lid 3 IW. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat de verkoper moet wijken voor het bodemrecht van de fiscus. De schrapping van het recht van reclame uit lid 3 heeft immers slechts tot gevolg dat voortaan bodembeslag kan worden gelegd op de gereclameerde zaken, maar heeft geen betrekking op de vervolgvraag of sprake is van reële eigendom. Daarop heeft de in de hoofdtekst aangehaalde passage betrekking.

82 Zie ook Reehuis 2014, p. 349-372, volgens wie de voorbehouden eigendom van de verkoper zou moeten hebben te gelden als reële eigendom.

83 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 282 en Fikkers 1992, p. 298.

3.4.4 *Beslechting van het belangenconflict tussen verkoper en bank*

Naast de hiervoor genoemde neutraliteit als rechtvaardiging voor de voorrangspositie van de verkoper moet de toelaatbaarheid van het eigendomsvoorbehoud ook als een beslechting van het belangenconflict tussen de bank en de leverancier worden begrepen.⁸⁴ Voor de wetgever speelde dit argument een belangrijke rol, aangezien de wetgever het niet gerechtvaardigd achtte dat de verkoper ‘als kredietgever achter [zou] moeten staan bij de geldkredietgever, die zich eerder op alle tegenwoordige en toekomstige goederen van de koper een bezitloos pandrecht heeft bedongen.’⁸⁵ Hoewel het argument niet overtuigend kan rechtvaardigen waarom het is toegestaan dat de verkoper *eigenaar* blijft,⁸⁶ blijkt hieruit dat de wetgever met betrekking tot de verkochte zaak meer waarde hecht aan de belangen van de verkoper om zijn eigendom voor te behouden, dan aan het belang van de bank om zoveel mogelijk zekerheid te verkrijgen als tegenprestatie voor een verleend krediet.

Het verwondert niet dat de wetgever de rechtvaardiging van het eigendomsvoorbehoud deels toespitst op het belangenconflict tussen leverancier en bank.⁸⁷ Zo wordt in Duitsland de gebruikelijkheid van het eigendomsvoorbehoud toegeschreven aan het feit dat in het begin van de twintigste eeuw de overdracht tot zekerheid van bestaande en toekomstige bedrijfsvoorraden gebruikelijk werd en om zich heen greep, waarop het eigendomsvoorbehoud als een reactie moet worden beschouwd.⁸⁸ Aangezien in veel rechtsstelsels de mogelijkheid bestaat dat een schuldeiser bij voorbaat zekerheid bedingt op toekomstige goederen van de schuldenaar en een financierende bank dat ook dikwijls bedingt, zou het ontbreken van een eigendomsvoorbehoud (én het invoeren van een verplichting voor de verkoper om de zaak reeds voor betaling over te dragen) niet zozeer tot gevolg hebben dat de overige schuldeisers van de koper daarvan zouden profiteren doordat hun verhaalsmogelijkheden toenemen, maar zou dit ertoe leiden dat de verkochte zaak voorwerp wordt van dit (generieke) zekerheidsrecht van de kredietverschaffende bank.

De beslechting van het conflict tussen de leverancier en de bank ten gunste van de leverancier is bovendien gerechtvaardigd omdat niet goed valt in te zien waarom de bank zou moeten profiteren van het feit dat de koper een zaak op kosten

⁸⁴ Zo reeds Van Lier 1892, p. 38-39. Vgl. ook Schoordijk 1959, p. 5.

⁸⁵ M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

⁸⁶ Zie daarover hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.

⁸⁷ Niettemin is het eigendomsvoorbehoud ook gebruikelijk in rechtsstelsels die geen vuistloze zekerheidsrechten kennen. Zie Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 453-454.

⁸⁸ Zie o.m. Neuschäffer 1935, p. 3516, H. Lehmann, *Reform der Kreditsicherung an Fahnris und Forderungen*, Stuttgart: Kohlhammer 1937, p. 6, W. Schwister, ‘Zur Reform der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts’, *JW* 1938, p. 1690, Lange 1950, p. 565, en Brinkman 2011, p. 141 e.v. en p. 200. Zie ook RG 15 maart 1935, *RGZ* 147, 321, p. 325: ‘Der Eigentumsvorbehalt bildet im heutigen Wirtschaftsleben bis zu einer anderweitigen gesetzlichen Regelung das kaum zu entbehrende Sicherungsmittel des Warengläubigers gegen das Überhandnehmen der Sicherungsübereignung, durch die sich der Geldkreditegeber, häufig zum Nachteil des Warenlieferers, vor den Folgen der wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit des Kreditnehmers zu schützen sucht.’ Vgl. ook Westermann 1954, p. 13 die § 933 BGB – de bepaling die bescherming van een derde te goeder trouw tegen beschikkingsonbevoegdheid bij een levering c.p. uitsluit – beschouwt als een een wettelijke voorkeursbehandeling van het eigendomsvoorbehoud ten koste van de zekerheidsoverdracht.

van de verkoper heeft kunnen verwerven.⁸⁹ Een dergelijke gedachte ligt ook ten grondslag aan de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin deze de gevolgen van een zekerheidsoverdracht relativeerde. Een dergelijke relativering van de rechtsgevolgen van de zekerheidsoverdracht vond plaats ‘voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt met betrekking tot bepaalde onder die overdracht vallende zaken.’ Daarvan was in het bijzonder sprake indien de zekerheidsoverdracht botste met het voorrecht van de onbetaald gebleven verkoper (artikel 1185 sub 3 jo. artikel 1190 BW (oud)). In een dergelijk geval gingen de aanspraken van de verkoper voor, omdat ‘de door fiduciaire zekerheid beschermde geldschietter geen recht op de betreffende zaken zou hebben kunnen doen gelden, als zij niet door de verkoper waren geleverd.’⁹⁰

Dat er een verband bestaat tussen de toelaatbaarheid van het eigendomsvoorbehoud en de daaruit voortvloeiende voorrangspositie van de verkoper en de mogelijkheid om bij voorbaat een zekerheidsrecht te vestigen op een door de schuldenaar nog te verwerven zaak, blijkt ook uit de ontwikkeling van het eigendomsvoorbehoud en de *purchase money security interest* in de Verenigde Staten.

3.4.5 *De supervoorrang van de aanschaffinancier in de UCC, UNCITRAL Legislative Guide en DCFR*

Hoewel de verkoper in de Verenigde Staten onder de werking van de UCC niet de mogelijkheid heeft om zijn eigendom voor te behouden, neemt hij wel een voorrangspositie in die enigszins vergelijkbaar is met die van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud in de rechtsstelsels waarin hij als eigenaar de verkochte zaak kan opvorderen. De verkoper die de aanschaf van een zaak mogelijk maakt, maar ook elke andere kredietgever die de aanschaf van een zaak financiert, kan zijn positie versterken door middel van een *purchase money security interest* (§ 9-103 UCC). Dit zekerheidsrecht biedt zekerheid voor de *purchase money obligation*, die door de UCC wordt gedefinieerd als ‘an obligation of an obligor incurred as all or part of the price of the collateral or for value given to enable the debtor to acquire rights in or the use of the collateral if the value is in fact so used.’ De *purchase money security interest* biedt daarmee zekerheid voor de voldoening van de koopprijs of de lening die is verschaft om een bepaalde zaak aan te schaffen. De mogelijkheid om een specifiek op aanschaffinanciering toegesneden zekerheidsrecht te bedingen, bestaat daarmee niet alleen voor de verkoper die de zaak op krediet verkoopt, maar tevens voor derden die aan de koper de middelen ter beschikking stellen om de zaak aan te schaffen. Een zodanige lening heeft echter

89 Vgl. E.-M. Kieninger, ‘Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts’, *AcP* 2008, p. 216 en hierna uitvoerig in paragraaf 3.4.6. Zie ook Vriesendorp 1985b, p. 534: ‘Tot op het tijdstip van volledige bevrediging is er evenwel geen reden de (nog) onbetaalde leverancier achter te stellen ten voordele van de kredietverschaffer. Integendeel: door de levering wordt de verhaalsmogelijkheid voor de kredietverschaffer uitgebreid zonder enige prestatie zijnerzijds.’

90 HR 6 maart 1970, *NJ* 1970, 433 m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Van Wessem q.q./Traffic*). Zie ook HR 7 maart 1975, *NJ* 1976, 91 m.nt. W.M. Kleijn (*Van Gend en Loos*), waarin werd overwogen ‘dat er ook aanleiding kan bestaan de zekerheidsoverdracht buiten beschouwing te laten voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt met betrekking tot bepaalde onder die overdracht vallende goederen; dat tot die derden moet worden gerekend de schuldeiser wiens vordering bevoorrecht is op een zekere en bepaalde zaak van de debiteur, als deze de zaak heeft verkregen dankzij de prestatie van de schuldeiser waarop diens vordering betrekking heeft.’

uitsluitend als *purchase money obligation* te gelden indien de middelen daadwerkelijk zijn gebruikt om de desbetreffende zaak aan te schaffen. Voor de kwalificatie als *purchase money obligation* is vereist dat er een *close nexus* bestaat tussen de aanschaf van de zaak en de verschaft lening, waarvan het bewijs moet worden geleverd door de kredietgever teneinde aanspraak te kunnen maken op de voordelen die zijn verbonden aan de kwalificatie als *purchase money security interest*.⁹¹

Het belangrijkste voordeel dat is verbonden aan de kwalificatie van een *security interest* als een *purchase money security interest* is dat aan dit zekerheidsrecht een bijzondere voorrang is verbonden (§ 9-324 UCC). Deze voorrang wordt dikwijls aangeduid als *superpriority* en houdt in dat een *purchase money security interest* voorrang heeft boven alle andere zekerheidsrechten die op de desbetreffende zaak zijn gevestigd, ook indien het andere zekerheidsrecht van eerdere datum is en tevens betrekking heeft op door de kredietnemer in de toekomst te verwerven zaken door middel van een *after-acquired property clause*. Daarmee wordt ten gunste van de aanschaffancier afgeweken van de regel dat de rangorde van zekerheidsrechten wordt bepaald door de regel *first-in-time, first-in-right* (§ 9-322 UCC). Daarmee beslecht de UCC het belangenconflict tussen de geldkredietgever die bij voorbaat zekerheid verlangt op toekomstige goederen en de leverancierskredietgever die de aanschaf van de zaken financiert ten gunste van laatstgenoemde.⁹² Aldus bereikt de UCC op een andere wijze een vergelijkbaar resultaat als in de rechtsstelsels waarin de verkochte zaak buiten het bereik van de geldkredietverschaffer wordt gehouden, doordat de zaak vanwege het eigendomsvoorbehoud nog niet tot het vermogen van de koper gaat behoren en aldus niet onderworpen kan worden aan een eerder (bij voorbaat gevestigd) zekerheidsrecht van de geldkredietverschaffer.

De supervoorrang die verbonden is aan de *purchase money security interest* laat zich historisch verklaren vanwege een met het eigendomsvoorbehoud vergelijkbare constructie die gangbaar was voor de inwerkingtreding van de UCC.⁹³ Tot de inwerkingtreding van de UCC werd gebruik gemaakt van een *conditional sales agreement*, op grond waarvan de verkoper de eigendom voorbehiel totdat de koopprijs werd betaald.⁹⁴ Dat was een sterk middel voor de verkoper, omdat hiermee werd voorkomen dat de zaak voorwerp werd van een zekerheidsrecht dat de koper ten behoeve van een ander had gevestigd. Een dergelijke zekerheidsrecht kon door middel van een *after-acquired property clause* onder omstandigheden ook betrekking hebben op zaken die de koper in de toekomst zou verkrijgen.⁹⁵ Volgens Jackson en Kronman was de voorrang van degene die de aanschaf van de zaak financierde zelfs uitsluitend nodig om hem te wapenen tegen een kredietverschaffer die zekerheid had bedongen op toekomstige zaken; indien een

91 *UCC Official Comment*, § 9-103, nr. 3: 'The concept of "purchase-money security interest" requires a close nexus between the acquisition of collateral and the secured obligation. Thus, a security interest does not qualify as a purchase-money security interest if a debtor acquires property on unsecured credit and subsequently creates the security interest to secure the purchase price.'

92 Gilmore 1965, p. 777-779. Zie ook Jackson & Kronman 1979, p. 1165, voetnoot 70.

93 Zie uitgebreid Gilmore 1963, p. 1333 e.v. en Guida 1976, p. 708 e.v.

94 Kripke 1985, p. 935.

95 Zie *Pennock v. Coe*, 64 U.S. 117 (1860), waarover Gilmore 1963, p. 1341 e.v. en Frisch 1999, p. 533.

uitbreiding van het zekerheidsrecht tot toekomstige zaken namelijk niet tot de mogelijkheid zou behoren, zou de verkoper hoe dan ook een eersterangs zekerheidsrecht kunnen verwerven.⁹⁶

De voorrang die de *conditional sale* aan de verkoper verschaftte ten opzichte van de bank die zekerheid had bedongen op toekomstige zaken van de kredietnemer, gaat terug op de uitspraak *United States v. New Orleans Railroad* van de *Supreme Court* uit 1870.⁹⁷ Daarin was de vraag aan de orde of een eerder zekerheidsrecht dat, vanwege een *after-acquired property clause*, mede betrekking heeft op toekomstige zaken zich ook uitstrekte tot rollend materieel, dat door de Verenigde Staten was verkocht en waarbij een *purchase money lien* was voorbehouden. De *Supreme Court* oordeelde dat de latere *purchase money lien* voorrang boven de eerder gevestigde *mortgage*:

‘The appellants contend (...) that the mortgages, being prior in date to the bond given for the purchase-money of these locomotives and cars, and being expressly made to include after-acquired property, attached to the property as soon as it was purchased, and displaced any junior lien. This, we apprehend, is an erroneous view of the doctrine by which after-acquired property is made to serve the uses of a mortgage. That doctrine is intended to subserve the purposes of justice, and not injustice. Such an application of it as is sought by the appellants would often result in gross injustice. A mortgage intended to cover after-acquired property can only attach itself to such property in the condition in which it comes into the mortgagor's hands. If that property is already subject to mortgages or other liens, the general mortgage does not displace them, though they may be junior to it in point of time. It only attaches to such interest as the mortgagor acquires; and if he purchase property and give a mortgage for the purchase-money, the deed which he receives and the mortgage which he gives are regarded as one transaction, and no general lien impending over him, whether in the shape of a general mortgage, or judgment, or recognizance, can displace such mortgage for purchase-money.’⁹⁸

Hoewel het in dit geval ging om een zekerheidsrecht dat door de verkoper was bedongen, kon de regel dat een zekerheidsrecht met betrekking tot toekomstige zaken zich enkel kan uitstrekken op de zaken zoals ze in het vermogen van de zekerheidsgever terechtkomen *a fortiori* worden toegepast op de *conditional sale*, waarbij de verkoper in het geheel voorkomt dat de zaak in het vermogen van de koper terechtkomt.⁹⁹

Na *United States v. New Orleans Railroad* ontwikkelt de voorrang van de verkoper ten opzichte van een eerder generiek zekerheidsrecht zich tot een algemene regel en verkrijgt hij algemene gelding. Daarbij verschuift de door de *Supreme Court* gegeven technische redenering naar de achtergrond.¹⁰⁰ In het vervolg wordt niet zozeer beslissend geacht dat de zaak nog niet of reeds bezwaard in het vermogen van de koper terechtkomt, maar wordt de voorrang vooral gebaseerd op het feit dat het gerechtvaardigd is dat de aanschaffancier voorrang heeft,

96 Jackson & Kronman 1975, p. 5. Zie ook Jackson & Kronman 1979, p. 1165, voetnoot 70 en aldaar genoemde literatuur.

97 De aan die uitspraak ten grondslag liggende regel wordt teruggeleid tot *Nash v. Preston*, 79 E.R. 767 (1630). Zie Gilmore 1963, p. 1340, G.E. Osborne, *Mortgages*, St. Paul: West 1970, p. 390, voetnoot 67, Guida 1976, p. 711 en Frisch 1999, p. 532.

98 *United States v. New Orleans Railroad*, 79 U.S. 362 (1870), p. 364-365.

99 Gilmore 1963, p. 1343.

100 Guida 1976, p. 711, Lloyd 1985, p. 11-13 en Frisch 1999, p. 534.

omdat de koper de zaak uitsluitend heeft kunnen verwerven door middel van de aanschaffinanciering.¹⁰¹ Daardoor gold de voorrang niet uitsluitend in het geval dat de verkoper de eigendom of een zekerheidsrecht had voorbehouden, maar kon de regel tevens worden toegepast in het geval dat de derde een zekerheidsrecht had bedongen omdat hij de aanschaf van de zaak had gefinancierd. Indien deze derde die de koper de middelen ter beschikking stelde om de zaak aan te schaffen, een zekerheidsrecht had bedongen op de gefinancierde zaak, had dat zekerheidsrecht onder omstandigheden ook een hogere rang dan een eerder gevestigd zekerheidsrecht.¹⁰²

Om vergelijkbare redenen kon de voorrangspositie van de verkoper bij de totstandkoming van de UCC worden gehandhaafd, ondanks het feit dat onder de gelding van *Article 9* de verkoper geen eigendomsvoorbehoud kan bedingen, omdat geen beslissende betekenis wordt toegekend aan de eigendomsvraag.¹⁰³ Op grond van §2-401 (1) UCC is elk beding van eigendomsvoorbehoud beperkt tot een voorbehoud van een zekerheidsrecht op de verkochte zaak. Niettemin hebben de opstellers van de UCC de voorrangspositie die onder het tot dan geldende recht werd verleend aan de verkoper wel overgenomen in de UCC, door aan de *purchase money security interest* een supervoorrang te verlenen. Uit de toelichting blijkt dat duidelijk dat de opstellers deze voorrangspositie gerechtvaardigd achten en daarvoor geen beslissende betekenis toekennen aan de techniek, waarop deze voorrangspositie onder het daarvoor geldende recht werd gebaseerd:

‘Prior law, under one or another theory, usually contrived to protect purchase money interests over after-acquired property interests (...): the result was arrived at on the theory that since “title” to the equipment was never in the vendee or lessee there was nothing for the lien of the mortgage to attach to. While this Article broadly validates the after-acquired property interest, it also recognizes as sound the preference which prior law gave to the purchase money interest.’¹⁰⁴

Ook de opstellers van de UCC spitsen bij de voorrangsvraag derhalve toe op de beslechting van het belangenconflict tussen de leverancier en bank. Bij gebreke van de mogelijkheid om een zekerheidsrecht door middel van een *after-acquired property clause* te doen uitstrekken tot toekomstige zaken, zou het namelijk niet nodig zijn een bijzondere voorrangspositie voor de verkoper te creëren: hij zou dan sowieso een eersterangs zekerheidsrecht kunnen bedingen.¹⁰⁵

In de Amerikaanse literatuur is in de loop der tijd veel belangstelling ontstaan voor de vraag waardoor de voorrangspositie van een zekerheidsgerechtigde is ontstaan. De opkomst van de *law-and-economics*-beweging in de jaren 70 heeft geleid tot een discussie over de (rechts)economische rechtvaardiging van de voorrangspositie van de geseceureerde schuldeiser ten opzichte van andere schuldeisers.

101 Zie bijv. *Harris v. Youngstown Bridge*, 90 Fed. 322 (1898), p. 328-329. Zie ook Gilmore 1963, p. 1344 en Guida 1976, p. 711-712.

102 N.N., ‘Defeating the Priority of an After-Acquired Property Clause’, *Harvard Law Review* 1935, p. 476, Gilmore 1965, p. 749 en Frisch 1999, p. 534.

103 *UCC Official Comment*, § 9-202, nr. 1. Zie daarover hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.

104 *UCC Official Comment*, § 9-312 (oud), nr. 3.

105 Gilmore 1965, p. 777.

Het is hier niet de plaats om uitgebreid op die discussie in te gaan.¹⁰⁶ De discussie concentreert zich met name rond de vraag of het toekennen van een voorrangpositie aan een schuldeiser door middel van een zekerheidsrecht efficiënt is, in die zin dat de baten van zekerheidsstelling de kosten overstijgen, in het bijzonder waar het aankomt op de nadelen voor de overige schuldeisers. Tot een geheel bevredigend antwoord op die vraag is het vooralsnog niet gekomen. Op deze plaats is slechts van belang dat in die discussie ook aandacht wordt besteed aan de vraag waarom ten gunste van de aanschaffancier een uitzondering wordt gemaakt op de prioriteitsregel door hem een supervoorrang te verlenen. Deze supervoorrang wordt gegrond op billijkheidsargumenten en economische overwegingen.¹⁰⁷

Aangezien de koper slechts in staat is de zaak te verwerven door middel van het krediet dat door de aanschaffancier wordt verschaft, wordt het als gerechtvaardigd beschouwd dat de aanschaffancier ook de hoogste aanspraken met betrekking tot die zaak heeft.¹⁰⁸ Bovendien wordt ook in de Verenigde Staten aangevoerd dat de overige schuldeisers van de koper, waaronder degene die eerder een zekerheidsrecht (mede) heeft gevestigd voor toekomstige zaken, hierdoor niet in een nadeligere positie komen te verkeren door de supervoorrang van de aanschaffancier:

‘The purchase money mortgage priority is based upon recognition that the mortgagee’s interest merely reflects his contribution of property to the taxpayer’s [de koper; toevoeging EFV] estate, and therefore does not prejudice creditors who are prior in time.’¹⁰⁹

Omdat de supervoorrang betrekking heeft op de verkochte zaak, is de positie van de overige schuldeisers niet slechter dan zij zou zijn zonder de aanschaf van de nieuwe zaak. Anders dan bij de vestiging van reguliere zekerheidsrechten, wordt de andere schuldeisers geen vermogensbestanddeel ontnomen waarop zij zich anders wel zouden kunnen verhalen.¹¹⁰ Aangezien het aangaan van de nieuwe schuld tevens gepaard gaat met de verwerving van een vermogensbestanddeel dat wat betreft waarde (grotendeels) correspondeert met de hoogte van de schuld, kan het krediet niet worden aangewend voor de herfinanciering van reeds bestaande verplichtingen. Het risico voor de overige schuldeisers neemt daardoor niet toe.¹¹¹

Bovendien wordt de supervoorrang onderbouwd vanwege het feit dat de eerdere zekerheidsnemer, die een zekerheidsrecht heeft bedongen op de toekomstig te verwerven zaak, kennelijk een verkeerde beoordeling heeft gemaakt, ofwel omdat de kredietnemer niet in staat is geweest met het door hem verschaft krediet de zaak aan te schaffen, ofwel omdat hij een verkeerde inschatting heeft gemaakt van de oprechtheid van de kredietnemer. Indien de eerdere zekerheidsnemer door middel van de *after-acquired property clause* desondanks een eersterangs

106 Zie voor een overzicht E. Warren, ‘Making Policy with Imperfect Information: The Article 9 Full Priority Debates’, *Cornell Law Review* 1997, p. 1373-1395. Zie voor een overzicht vanuit Nederlands perspectief Van den Heuvel 2004, i.h.b. p. 115 e.v.

107 Zie voor een overzicht Nickles 1987, p. 1171 e.v. en Lacy 1990, p. 276 e.v.

108 Jackson & Kronman 1975, p. 6-7.

109 *Slodov v. United States*, 436 U.S. 238 (1978), p. 258, voetnoot 23.

110 Kripke 1985, p. 936. Vgl. ook Davenport 1976, p. 673 en S.L. Harris & C.W. Mooney, ‘A Property-Based Theory of Security Interests: Taking Debtors’ Choices Seriously’, *Virginia Law Review* 1994, p. 2028.

111 Kanda & Levmore 1994, p. 2139. Vgl. ook Reeves 1969, p. 1160.

zekerheidsrecht kunnen verkrijgen op de door een ander gefinancierde zaak, zou hij de negatieve gevolgen van zijn eigen verkeerde inschatting kunnen afwentelen op de aanschaffancier, die niets te maken heeft met die verkeerde inschatting. Een dergelijke risicoverplaatsing zou neerkomen op een ongerechtvaardigde verrijking van de eerdere kredietgever ten koste van de aanschaffancier.¹¹² Daaraan verwant is de argumentatie dat de eerdere zekerheidsnemer niet gerechtvaardigd kon vertrouwen dat de nieuw aangeschafte zaak voorwerp zou worden van zijn generieke zekerheidsrecht, omdat hij de desbetreffende zaak niet heeft gefinancierd.¹¹³

Daarnaast spelen economische overwegingen een belangrijke rol in de discussie. De voorrangspositie van de aanschaffancier wordt gezien als een onontbeerlijk middel om tegenwicht te bieden aan de ijzersterke monopoliepositie die een financier inneemt als hij aan het begin van de bedrijfsactiviteiten van de kredietnemer zekerheid heeft bedongen op alle bestaande en toekomstige goederen van de kredietnemer.¹¹⁴ Indien er geen mogelijkheid zou bestaan om deze prioriteit te doorbreken, dan zou de financier – doorgaans de bank – een absolute voorrangspositie verkrijgen die ook betrekking heeft op door anderen gefinancierde goederen. De aanschaffancier zou dan hoogstens een tweederangs zekerheidsrecht kunnen verkrijgen, hetgeen hem geen afdoende zekerheid biedt. Indien hij niet de mogelijkheid heeft om adequate zekerheid te verkrijgen in ruil voor de verschaft financiering, zal de bereidheid om de aanschaf van zaken te financieren, afnemen.¹¹⁵ Het gevolg daarvan zou zijn dat de kredietnemer voor al zijn financieringsbehoeften afhankelijk wordt van de financier aan wie hij een eersterangs zekerheidsrecht heeft verschaft. Daardoor verkrijgt de eerste financier een monopoliepositie, die inefficiëntie op de kredietmarkt tot gevolg heeft.¹¹⁶ Zo is hij bij

¹¹² Nickles 1987, p. 1172.

¹¹³ Nickles 1987, p. 1172. Dat ligt iets anders indien het gaat om de financiering van voorraden (*inventory*) door de geldkredietverschaffer. De geldkredietverschaffer zal in ruil voor de beschikbaarstelling van een krediet ook zekerheid willen op toekomstig te verwerven zaken, omdat voorraden snel wisselen en zijn zekerheidsrecht anders snel illusoir zou worden. Om die reden stelt de UCC een additioneel vereiste voordat de aanschaffancier de *superpriority* met betrekking tot *inventory* verkrijgt. Om aanspraak te maken op de supervoorrang is namelijk vereist dat voldaan is aan de vereisten van *perfection* van het zekerheidsrecht voordat de koper de zaken ontvangt en is bovendien vereist dat de aanschaffancier aan de eerdere zekerheidsgerechtigde mededeelt dat hij de aanschaf van *inventory* financiert. Zie § 9-324 (b) en (c) en voor de ratio daarvan *UCC Official Comment*, §9-324, nr. 4: 'The arrangement between an inventory secured party and its debtor typically requires the secured party to make periodic advances against incoming inventory or periodic releases of old inventory as new inventory is received. A fraudulent debtor may apply to the secured party for advances even though it has already given a purchase-money security interest in the inventory to another secured party. For this reason, subsections (b)(2) through (4) and (c) impose a second condition for the purchase-money security interest's achieving priority.' Zie ook Coogan 1959, p. 863 en Kanda & Levmore 1994, p. 2139 e.v.

¹¹⁴ Davenport 1976, p. 673 en Jackson & Kronman 1979, p. 1167 e.v. Vgl. ook P.N. Fetzner, 'The Purchase Money Security Interest and the Federal Tax Lien: A Proposal for Legislative Change', *Hastings Law Review* 1985, p. 885 en K.G. Meyer, 'A Primer on Purchase Money Security Interest Under Revised Article 9 of the Uniform Commercial Code', *Kansas Law Review* 2001, p. 165-166.

¹¹⁵ White & Summers 2012, p. 1286. Kritisch over dit argument: T.H. Jackson & A. Schwartz, 'Vacuum of Fact or Vicious Theory: A Reply to Professor Kripke', *University of Pennsylvania Law Review* 1985, p. 997 e.v.

¹¹⁶ Jackson & Kronman 1979, p. 1167 e.v. Vgl. ook N. Hansford, 'The Purchase Money Security Interest in Inventory Versus the After-Acquired Property Interest – A "No Win" Situation', *University of Richmond Law Review* 1986, p. 240: 'Because the purchase money exception exists, the prior creditor cannot tie up the debtor's property (...), thereby forcing the debtor to deal with him on his own terms.'

gebreke van concurrentie in staat om eenzijdig de voorwaarden te bepalen waaronder hij bereid is additionele financiering te verlenen.¹¹⁷ De supervoorrang doorbreekt derhalve de monopoliepositie van de eerste financier, zodat aanschaffinanciering zonder al te veel beperkingen en op concurrerende voorwaarden kan plaatsvinden. De aanschaf van nieuwe zaken is goed voor de vooruitgang van de onderneming en kan haar extra winstgevend maken, waardoor de aanschaffinanciering ook de eerdere zekerheidsgerechtigde ten goede komt.¹¹⁸ Dat is een belangrijk argument voor het feit dat de UCC financiers van ‘fresh money’ en ‘new value’ door de supervoorrang stimuleert, zodat voorkomen wordt ‘dat nieuwe financiers ontmoedigd worden om geld in modernisering en uitbreiding te steken, doordat een andere, oudere financier al een zekerheidsmonopolie heeft verworven.’¹¹⁹

Vergelijkbare argumenten liggen ten grondslag aan de voorrang van de aanschaffinancier in de *unitary approach* in de *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*.¹²⁰ Aan zogenoemde *acquisition financing rights* wordt een met de UCC vergelijkbare supervoorrang verleend. Deze voorrang moet volgens de toelichting bewerkstelligen dat het monopolie van de eerste zekerheidsgerechtigde wordt doorbroken en vergroot daarmee de concurrentie tussen de verschillende kredietaanbieders.¹²¹ Ook geldt dat de desbetreffende zaak zonder het krediet van de aanschaffinancier niet in het vermogen van de kredietnemer terecht zou zijn gekomen, waardoor de eerdere kredietverstrekker in dat geval evenmin een zekerheidsrecht op de desbetreffende zaak zou hebben.¹²² Tot slot wordt aangevoerd dat de supervoorrang de aanschaf van nieuwe zaken bevordert.¹²³

De DCFR kent *acquisition finance devices* (art. IX.-1:201 (3) DCFR), waaronder naast het eigendomsvoorbehoud (art. IX.-1:103 DCFR) ook zekerheidsrechten vallen die zijn verleend ten behoeve van de verkoper of een derde die de aanschaf van de zaak financiert. De DCFR verleent aan dergelijke *acquisition finance devices* een ‘favourable treatment’, aangezien ze de economische vooruitgang bevorderen doordat het gemakkelijker is om nieuwe zaken aan te schaffen.¹²⁴ Deze voorkeursbehandeling is bij een eigendomsvoorbehoud uit de aard van het beding gewaarborgd, omdat de verkoper eigenaar blijft en hij derhalve niet geconfronteerd kan worden met eerder gevestigde zekerheidsrechten. De voorkeursbehandeling is bij *acquisition finance devices* die als zekerheidsrecht zijn vormgegeven, gewaarborgd doordat de DCFR aan dergelijke zekerheidsrechten een supervoorrang toekent (art. IX-4:102 DCFR). Ter onderbouwing van deze

117 Kritisch over deze rechtvaardiging is Walsh 2003, p. 464 die juist meent dat de eerdere zekerheidsgerechtigde in staat is om onder gunstiger voorwaarden krediet te verlenen omdat zijn monitoringkosten beperkter zijn. Daartegen Jackson & Kronman 1979, p. 1167-1175.

118 Kanda & Levmore 1994, p. 2115. Vgl. ook W.E. Hogan, ‘Financing the Acquisition of New Goods under the Uniform Commercial Code’, *Boston College Law Review* 1962, p. 140 en R.E. Scott, ‘A Relational Theory of Secured Financing’, *Columbia Law Review* 1986, p. 963.

119 T.H.D. Struycken, ‘De betekenis van het Anglo-Amerikaanse zekerhedenrecht, in het bijzonder de *floating charge* en *Article 9 Uniform Commercial Code*: over bepaaldheid en publiciteit’, *AA* 1998, p. 425.

120 In geval van de *non-unitary approach* vloeit de voorrang van de verkoper voort uit het feit dat hij eigenaar blijft. Zie over dit onderscheid hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.

121 Competitie tussen kredietverschaffers is een belangrijk onderdeel van de *Legislative Guide* en een belangrijke reden voor de voorkeur voor de *unitary approach*. Zie bijv. *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, par. 67, p. 335.

122 S.V. Bazinas, ‘Acquisition Financing under the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions’, *Uniform Law Review* 2011, p. 494.

123 *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, par. 117, p. 348.

124 Von Bar & Clive 2009, p. 5396.

voorkeursbehandeling wordt gewezen op het feit dat de aanschaf van nieuwe zaken nuttig is voor de economie.¹²⁵ Bovendien wordt als specifieke reden aangevoerd dat hiermee het belangenconflict tussen leverancierskrediet en geldkrediet ten gunste van de leverancier wordt beslecht. Banken zijn in staat om bij voorbaat zekerheid te verkrijgen om dat zij de schuldenaar gedurende lange termijn financieren en aan het begin staan van diens handelsactiviteiten. Leveranciers hebben een dergelijke mogelijkheid in beginsel niet, aldus de toelichting omdat zij pas later in beeld komen. Daardoor zouden zij slechts in staat zijn om een tweederangs zekerheidsrecht te verkrijgen.¹²⁶ Naast het feit dat een voorrang van de bank op de door de leverancier gefinancierde zaak ‘obviously unfair’ zou zijn, wordt gewezen op het feit dat de zaak enkel in het vermogen van de koper terechtkomt doordat de leverancier de aanschaf financiert. Aangezien de overige schuldeisers van de koper zonder de kredietverschaffing ook geen verhaal zouden kunnen nemen op het desbetreffende vermogensbestanddeel, is het ‘just and fair’ om aan de aanschaffinancier een supervoorrang te verlenen.¹²⁷

Van den Heuvel is kritisch over deze rechtvaardiging voor de supervoorrang. Zij keert zich tegen het argument dat de supervoorrang een financieringsmonopolie voorkomt. Volgens haar dient de bank namelijk een absolute voorrang te hebben door middel van een generiek zekerheidsrecht. De positie van de financier die de aanschaf van een zaak financiert en daarvoor zekerheid wenst te verkrijgen, is volgens haar afdoende gewaarborgd, doordat de financier de bank om vrijgave kan verzoeken, waarmee de bank volgens haar zal instemmen indien de nieuwe financiering bijdraagt aan het functioneren van de onderneming. Indien de bank desondanks medewerking aan de vrijgave zou weigeren en niet bereid is zelf in de financiering te voorzien of slechts tegen hogere kosten, kan de kredietnemer of de derde, aldus nog altijd Van den Heuvel, de rechter verzoeken de bank tot vrijgave te verplichten.¹²⁸ Problematisch aan deze benadering is echter dat Van den Heuvel partijen dwingt tot het maken van transactiekosten. De wettelijk geregelde supervoorrang van de aanschaffinancier maakt het onderhandelen over vrijgave overbodig, omdat de aanschaffinancier zonder meer een hogere rang toekomt. Daarmee wordt wettelijk datgene bereikt, wat partijen redelijkerwijs met elkaar zouden afspreken als ze erover zouden onderhandelen.¹²⁹ In de Amerikaanse literatuur wordt daarvoor als argument gegeven dat de eerdere geldkredietverschaffer zou moeten instemmen met een rangwisseling, omdat hij er niet redelijkerwijs vanuit mag gaan dat zijn zekerheidsrecht ook betrekking heeft op zaken die door middel van financiering van derden in het vermogen van de schuldenaar terechtkomen.¹³⁰ Door de wettelijke verankering van de voorrangpositie van de

125 Von Bar & Clive 2009, p. 5555.

126 Von Bar & Clive 2009, p. 5555-5556.

127 Von Bar & Clive 2009, p. 5556.

128 Van den Heuvel 2004, p. 197-198.

129 Jackson & Kronman 1979, p. 1173 en Kanda & Levmore 1994, p. 2119.

130 Nickles 1987, p. 1172.

aanschaffancier worden deze onderhandelingen overbodig gemaakt en transactiekosten bespaard.¹³¹ Indien de bank erop staat dat zij zelf de aanschaf van de nieuwe zaak wil financieren, dan kan dat eenvoudig worden bewerkstelligd doordat de bank de koopprijs voldoet, waardoor de zaak in het vermogen van de koper terechtkomt en het onder het zekerheidsrecht van de bank valt. Bovendien komt de wettelijke verankering van de voorrang van de aanschaffancier de rechtszekerheid ten goede, omdat niet door middel van rechterlijke interventie behoeft te worden vastgesteld wanneer de eerdere zekerheidsgerechtigde op onredelijke gronden weigert over te gaan tot vrijgave c.q. rangwisseling.

3.4.6 Een supervoorrang voor het aanschafffinancieringspandrecht

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat er een overtuigende rechtvaardiging bestaat voor de positie van de verkoper, die een eenvoudig eigendomsvoorbehoud heeft bedongen. Het eigendomsvoorbehoud heeft een neutrale werking, waardoor de overige schuldeisers niet worden benadeeld. Bovendien is sprake van een nauwe band tussen de verkochte zaak en de vordering van de verkoper, die voortvloeit uit het feit dat het door de verkoper verschaft krediet betrekking heeft op de aanschaf van de door hem verkochte zaak. Uit de vergelijking met het recht van de Verenigde Staten is gebleken dat deze argumenten evenzeer opgeld doen in het geval dat de aanschaf van een zaak niet door de verkoper wordt gefinancierd, maar door een derde die de koper de middelen verschaft om de koopprijs te voldoen.

Het geldende Nederlandse recht biedt deze derde echter niet de mogelijkheid om een pandrecht te bedingen, waaraan een voorrang is verbonden die rekenschap geeft van het feit dat de zaak door de prestatie van hem is verkregen. Hij is genoodzaakt terug te grijpen op een meer gekunstelde constructie teneinde een voorrangspositie te verwerven, door bijvoorbeeld de zaak eerst zelf te verwerven of zich de voorbehouden eigendom en de koopprijsvordering door de verkoper te laten overdragen.¹³² De derde die de koopprijs financiert kan er echter ook belang bij hebben een zekerheidsrecht voor de voldoening van de koopprijsvordering te verkrijgen. Gelet op de hiervoor besproken argumenten ten gunste van de voorrangspositie van de verkoper, is het gerechtvaardigd dat een dergelijk pandrecht voorrang heeft boven alle andere gevestigde zekerheidsrechten, omdat de koper de zaak slechts door middel van de financiering van de derde heeft kunnen verwerven.

Ik zou dan ook willen pleiten voor een wettelijke voorziening, op grond waarvan aan een supervoorrang wordt toegekend aan een door de aanschaffancier bedongen pandrecht op de gefinancierde zaak, voor zover dit pandrecht strekt tot zekerheid van de terugbetaling van de door de derde beschikbare middelen, wanneer deze zijn aangewend voor de aanschaf van de zaak waarop het pandrecht rust.

131 Lacy 1990, p. 278, voetnoot 122 en Wessman 1990, p. 1301. Vergelijkbare bezwaren gelden voor de opvatting van Walsh, volgens wie de voorrang van de aanschaffancier niet gerechtvaardigd is als hij nalaat met de eerste zekerheidsgerechtigde een *inter-creditor subordination agreement* overeen te komen. Zie Walsh 2003, p. 465. In die zin ook Von Wilmsowsky 1996, p. 211. Zie voor een cynische visie op *subordination agreements* J.C. Marshall, 'Commercial Law. Annual Survey of Georgia Law', *Mercer Law Review* 1985, p. 154: 'Anyone familiar with the likelihood of voluntary subordination in the world of commercial financing should know that even mentioning such an argument gives it more credence than deserved.'

132 Zie over deze en andere constructies en de daaraan verbonden bezwaren hierna in hoofdstuk 9, paragraaf 9.2.

Enigszins in die richting gaat artikel 3:261 lid 1 BW, op grond waarvan een bij de koopovereenkomst van een registergoed tot waarborg van de onbetaalde kooppenningen bedongen hypotheekrecht voorrang heeft boven alle andere aan de koper ontleende (hypotheek)rechten. Aldus wordt bereikt dat een door de verkoper bedongen hypotheekrecht ter zake van de verschuldigde koopprijs voorgaat boven ieder ander recht dat tegelijkertijd wordt ingeschreven. Tegen de achtergrond van de hiervoor gegeven rechtvaardiging voor de voorkeursbehandeling van aanschafffinanciering, valt evenwel niet goed in te zien waarom hetzelfde niet eveneens zou moeten gelden indien de koopprijs niet door de verkoper, maar door een derde wordt gefinancierd.¹³³

In een dergelijk systeem zou voor de verkrijging van de supervoorrang noodzakelijk zijn dat de door de aanschafffinancier beschikbaar gestelde middelen daadwerkelijk zijn benut om de zaak aan te schaffen. Daartegen kan niet worden ingebracht dat een zodanige bepaling zou leiden tot onzekerheid omtrent de vraag wanneer daaraan is voldaan,¹³⁴ aangezien hanteerbare criteria kunnen worden ontwikkeld om vast te stellen wanneer voldaan is aan dat vereiste.¹³⁵ Dat een dergelijk criterium werkbaar is, illustreert bovendien de Amerikaanse praktijk, waarin een dergelijk criterium reeds wordt gehanteerd: voor de kwalificatie als *purchase money obligation* is vereist dat sprake is van een *close nexus* tussen de aanschaffing van de zaak en de beschikbaar gestelde kredietsom.¹³⁶ Daarvan is in ieder geval sprake indien de som geld rechtstreeks door de financier is uitbetaald aan de verkoper.¹³⁷

3.4.7 Tussenconclusie

Samenvattend kan gesteld worden dat voor het eenvoudig eigendomsvoorbehoud een solide rechtvaardiging bestaat. Aangezien de verkrijging van de eigendom van de zaak tegenover de betaling van de koopprijs bestaat, heeft het eigendomsvoorbehoud een neutrale werking: indien de koper de koopprijs voldoet, verkrijgt hij de eigendom van de zaak die gewoonlijk een daarmee corresponderende waarde heeft. Aangezien de aanspraken van de verkoper bovendien betrekking hebben op een zaak die door hem wordt gefinancierd en derhalve nog niet tot het vermogen

133 De regel van art. 3:261 lid 1 BW heeft zijn oorsprong weliswaar in de gedachte dat het hypotheekrecht door de verkoper wordt voorbehouden, maar van die constructie heeft het artikel zich losgemaakt. Zie Van Nierop 1937, p. 199-200 en A.J.H. Pleysier, 'Waarom maken wij niet meer gebruik van de artikelen 1227 en 1228 BW', *WPNR* 1977 (5397), p. 437 en Asser/Van Oven 3-III 1978, p. 172. Kritisch over die constructie Roes 1970, p. 46-47. De bepaling is gegrond op de beschermenswaardigheid van de verkoper, die de aanschaf financiert. Zie Van Nierop 1937, p. 199-202, Roes 1970, p. 47 en Asser/Van Oven 3-III 1978, p. 172. Zoals in de hoofdttekst wordt verdedigd, geldt dat evenzeer als een derde de aanschaf financiert. Zie voor de discussie of een door een derde bedongen zekerheidsrecht dat in het kader van de financiering van de aanschaf van een onroerende zaak is bedongen – net als een door de verkoper bedongen *Restkaufgeldhypothek* – een hogere rang heeft dan een *Sicherungshypothek* die ontstaat ten gunste van degene die beslag heeft gelegd op de *Auflassunganwartschaft* (kort gezegd: de beschermde rechtspositie van degene ten gunste van wie een leveringsakte is verleden m.b.t. een onroerende zaak, die slechts nog moet worden ingeschreven) van de koper met verdere verwijzingen F. Baur & R. Stürmer, *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht. Band I: Einzelvollstreckungsrecht*, Heidelberg: C.F. Müller 1995, p. 385-386.

134 In die richting echter Kortmann & Van Hees 1995a, p. 993-994 ten aanzien van de door sommigen geopperde beperking van de *sale-and-lease-back*-constructie tot aanschafffinanciering.

135 Vgl. Struycken 1996a, p. 344, voetnoot 36 en Rongen 2012, p. 833, voetnoot 155.

136 Zie met verdere verwijzingen G.T. McLaughlin, 'Qualifying as a Third-Party Purchase-Money Financier: The Hurdles to Be Cleared, the Advantages to Be Gained', *Uniform Commercial Code Law Journal* 1981, p. 225-255 en McAlister 1993, p. 670.

137 Gilmore 1963, p. 1373.

van de koper behoort, zijn de overige schuldeisers van de koper niet slechter af: zij hadden zich bij gebreke van de prestatie van de verkoper ook niet kunnen verhalen op de desbetreffende zaak. Bovendien moet de mogelijkheid om een eigendomsvoorbehoud te bedingen worden gezien als een beslechting van het belangenconflict tussen verkoper en de kredietverschaffende bank die een zekerheidsrecht heeft bedongen op toekomstig te verwerven zaken. Uit de vergelijking met het recht van de Verenigde Staten is gebleken dat daarvoor een overtuigende rechtvaardiging bestaat.

3.5 Verbreed eigendomsvoorbehoud

De hiervoor genoemde argumenten ter rechtvaardiging van het eenvoudig eigendomsvoorbehoud, gelden niet meer indien sprake is van een verbreed eigendomsvoorbehoud. Indien de verkoper zijn eigendom ook voorbehoudt voor andere vorderingen dan de directe tegenprestatie, verwerft de koper de zaak ook nog niet als hij de koopprijs reeds volledig heeft voldaan. Denkbaar is zelfs dat een zogenoemd kredieteigendomsvoorbehoud is overeengekomen, waardoor de koper de zaak zelfs niet verkrijgt indien hij op een bepaald moment niets meer verschuldigd is, omdat in de toekomst nog nieuwe vorderingen kunnen ontstaan.¹³⁸

Daarmee wordt de neutraliteit die inherent is aan het eenvoudig eigendomsvoorbehoud doorbroken. De vermindering van het verhaalsvermogen van de koper die plaatsvindt doordat hij de koopprijs voldoet, wordt bij het eenvoudig eigendomsvoorbehoud geneutraliseerd door de toename van het actief door de eigendomsverkrijging. Voor het verbreed eigendomsvoorbehoud geldt dat niet: ook als de koper de koopprijs reeds volledig heeft voldaan, verkrijgt hij de eigendom van de verkochte zaak vooralsnog niet. Terwijl het eenvoudig eigendomsvoorbehoud aldus de overige schuldeisers geen verhaalsmogelijkheden ontnemt, is dat bij het verbreed eigendomsvoorbehoud wel het geval, omdat de gewoonlijk met betaling van de koopprijs plaatsvindende eigendomsverkrijging wordt uitgesteld. Treffend wordt dit bezwaar verwoord door Mayrhofer:

‘Auch entgeht durch eine solche Erweiterung über den Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung hinaus den (ungesicherten) Gläubigern des Käufers der Zugang eines Vermögenswertes, für den dieser den Gegenwert (Kaufpreis) bereits entrichtet hat. Dieser Vermögenswert bleibt für einen einzelnen Gläubiger (den Verkäufer) besonders reserviert.’¹³⁹

Dit is het gevolg van het feit dat de verbreding van het eigendomsvoorbehoud leidt tot een enigszins kunstmatige uitbreiding van de wederkerigheidsband.¹⁴⁰ Door het eigendomsvoorbehoud ook overeen te komen met betrekking tot andere vorderingen dan de koopprijs, roepen partijen een wederkerigheidsband in het leven tussen verbintenissen die normaliter niet tegenover elkaar staan, namelijk de verbintenis tot eigendomsoverdracht van de verkoper tegenover de verbintenis tot

¹³⁸ Zie daarover hierna in hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.

¹³⁹ Mayrhofer 1969a, p. 199, voetnoot 13. Zie ook Brinkmann 2011, p. 216. Zie met betrekking tot het zgn. *Konzernvorbehalt* ook *BT-Drucks.* 12/3803, p. 77.

¹⁴⁰ Zie hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.11.

betaling van de koopprijs en de overige betalingsverbintenissen. Het is aldus deze ruime wederkerigheidsband die de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud doorbreekt.

De voorrangspositie die het verbreed eigendomsvoorbehoud tot gevolg heeft laat zich daarmee niet goed rechtvaardigen. De verbreding leidt tot een overstrekking van de doelstelling van het eigendomsvoorbehoud, die gelegen is in de handhaving van de wederkerigheid ondanks het feit dat de verkoper de zaak reeds levert. Strikt genomen vervult het eigendomsvoorbehoud ook deze doelstelling na de verbreding, maar uitsluitend omdat partijen een ruimere invulling van het begrip 'wederkerigheid' zijn overeengekomen, door daaronder ook de overige vorderingen te begrijpen. Daarmee wijkt de koopovereenkomst met een verbreed eigendomsvoorbehoud af van het normaaltype koopovereenkomst. Voor het eenvoudig eigendomsvoorbehoud geldt dat niet. Dat fungeert namelijk juist binnen een normale koopovereenkomst als instrument om het uitgangspunt van 'gelijk oversteken' te handhaven, ondanks het feit dat de verkoper de zaak reeds levert en de koper uitstel van betaling verleent. Het eenvoudig eigendomsvoorbehoud waarborgt daarmee dat de verkoper niet in een slechtere positie verkeert dan het geval zou zijn indien de koper de koopprijs gelijktijdig met de aflevering zou voldoen. Het verbreed eigendomsvoorbehoud gaat verder, omdat het niet slechts waarborgt dat de verkoper niet slechter af is dan bij gelijktijdige uitwisseling van de tegenover elkaar staande prestaties, maar daarenboven dat de verkoper een betere positie heeft dan volgens het wettelijk uitgangspunt van 'gelijk oversteken' het geval zou zijn.¹⁴¹

Vanwege de hiervoor genoemde redenen kan het eigendomsvoorbehoud naar Oostenrijks recht niet tot andere vorderingen worden verbreed. Zoals hiervoor aan de orde kwam, wordt het eenvoudig eigendomsvoorbehoud in Oostenrijk gerechtvaardigd door het feit dat het beding het uitgangspunt van 'gelijk oversteken' benadrukt en aldus geen vermogensbestanddeel onttrekt aan het verhaal van de overige schuldeisers.¹⁴² Dat geldt niet voor het verbreed eigendomsvoorbehoud. Zodra de koopprijs door de koper volledig is voldaan, zou de handhaving van het eigendomsvoorbehoud leiden tot een vermindering van de verhaalsmogelijkheid voor de overige schuldeisers.¹⁴³ Daaraan stelt het Oostenrijkse recht nadere publiciteitseisen – het uit de macht van de koper brengen van de verkochte zaak – waaraan het verbreed eigendomsvoorbehoud niet voldoet.

Ook in de Duitse literatuur bestaan gewichtige bezwaren tegen het verbreed eigendomsvoorbehoud. Desalniettemin wordt een verbreding van het eigendomsvoorbehoud tot andere vorderingen in de rechtspraak en door de heersende leer in

141 Vgl. Reinicke & Tiedtke 2009, p. 506-507. Zie ook Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 11 die opmerkt dat de verkoper bij een verbreed eigendomsvoorbehoud een zaak voorbehoudt 'die nach dem Zug-um-Zug-Prinzip bereit dem Schuldner gebührt.'

142 Zie hiervoor in paragraaf 3.4.1.

143 H.Kozioł in diens noot onder OGH 10 januari 1968, *JBl.* 1969, p. 393-394, Frotz 1970, p. 213, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 465-467 en p. 677-680, Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 6 en Rn. 11 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 26. Vgl. ook Mayrhofer 1969a, p. 197-202. Zie uit de rechtspraak OGH 4 april 1973, zaaknr. 1Ob40/73.

beginsel geaccepteerd.¹⁴⁴ Bezwaren bestaan tegen deze figuur, omdat de verbreding tot gevolg heeft dat de verkoper ook eigenaar blijft van de verkochte zaak, indien de koopprijs allang is betaald. Dat wordt problematisch geacht, omdat de eigendomsverkrijging van de koper daardoor tot ver in de toekomst kan worden uitgesteld.¹⁴⁵ Bovendien leidt het bedingen van het eigendomsvoorbehoud voor allerhande vorderingen volgens sommigen tot een ‘Verschwommenheit der Eigentumsverhältnisse.’¹⁴⁶ Daarbij dient bedacht te worden dat het Duitse recht, anders dan het Nederlandse recht met artikel 3:92 lid 2 BW, geen nadere eisen stelt aan het type vordering, waarvoor het eigendomsvoorbehoud kan worden bedongen. De enige wettelijke beperking van het verbreed eigendomsvoorbehoud is neergelegd in § 449 (3) BGB, op grond waarvan het eigendomsvoorbehoud niet kan worden bedongen voor vorderingen van derden, in het bijzonder een tot het concern van de verkoper behorende onderneming in de zin van § 15 AktG. Daarnaast worden in de rechtspraak nadere beperkingen gesteld aan het bedingen van een verbreed eigendomsvoorbehoud.

In de eerste plaats wordt een verbreed eigendomsvoorbehoud ongeldig geacht op grond van § 307 BGB, indien het in niet-handelsrelaties in algemene voorwaarden wordt bedongen.¹⁴⁷ Een verbreding van het eigendomsvoorbehoud is derhalve slechts rechtsgeldig indien het niet in algemene voorwaarden is overeengekomen of indien het tussen koopmannen wordt overeengekomen. Als tweede beperking wordt in de literatuur bepleit dat bij de beantwoording van de vraag voor welke vorderingen het verbreed eigendomsvoorbehoud is bedongen, een restrictieve maatstaf moet worden aangelegd, hetgeen ook in de rechtspraak tot uitdrukking lijkt te komen.¹⁴⁸ Bovendien lijkt een zekere samenhang met de koopovereenkomst te worden geëist.¹⁴⁹ In de derde plaats wordt in de rechtspraak en literatuur als nadere beperking aangenomen dat de koper in ieder geval

144 Zie bijv. Bülow 2012, p. 557-562, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 149 e.v., Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 35 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 75. Zie uit de rechtspraak bijv. BGH 20 mei 1958, *NJW* 1958, 1231, BGH 15 juni 1964, *NJW* 1964, 1788 en BGH 23 november 1977, *NJW* 1978, 632. Volgens laatstgenoemde uitspraak kan een eigendomsvoorbehoud slechts dan niet worden bedongen, ‘wo seine Ausdehnung auf andere Forderungen als die ursprüngliche Kaufpreisforderung dem Sinn eines Kaufvertrags so sehr widerspricht, daß der Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit beinhalten würde.’

145 Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 150 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 76.

146 Zo bijv. BGH 14 februari 1968, *NJW* 1968, 885. Zie ook Flume 1950, p. 849 en BGB-RGRK/Metzger 1978, § 455 BGB, Rn. 16. Kritisch over dit argument: Brinkmann 2011, p. 215, die opmerkt dat dit evenzeer geldt voor de zekerheidsoverdracht.

147 Zie uit de rechtspraak o.m. OLG Frankfurt 11 september 1980, *NJW* 1981, 130, OLG Koblenz 14 april 1989, *NJW-RR* 1989, 1459 en LG Braunschweig 27 januari 1981, *ZIP* 1981, 876. Onbeslist: BGH 27 september 2000, *NJW* 2001, 292. Zie voor wat betreft de literatuur H.-G. Graf Lambsdorff & U. Hübner, *Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetz*, Köln: RWS 1982, Rn. 90, M. Wolf, N. Horn & W.F. Lindacher, *AGB-Gesetz*, München: Beck 1999, § 9 AGBG, Rn. E 33, Erman/Roloff 2011, § 307 BGB, Rn. 111, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 152, Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 35 en F. Graf von Westphalen & G. Thüsing, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, München: C.H. Beck 2016, Eigentumsvorbehaltssicherung, Rn. 62 e.v. Zie voor het Nederlandse recht art. 7:89 lid 1 BW, dat in verhouding tot consumenten van dwingend recht is (art. 7:97 BW).

148 BGB-RGRK/Metzger 1978, § 455 BGB, Rn. 16, Soergel/Henssler 2002, Anh. zu § 929 BGB, Rn. 154, Bülow 2012, p. 560, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 154 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 77. Zie ook Brinkmann 2011, p. 214-219. Zie uit de rechtspraak BGH 14 februari 1968, *NJW* 1968, 885.

149 Zie hierna in paragraaf 3.5.2.2.

eigenaar wordt indien hij op een zeker moment alle op dat moment verschuldigde vorderingen voldoet, waarbij onverschillig is dat in de toekomst nieuwe vorderingen kunnen ontstaan, waarvoor het eigendomsvoorbehoud ook is bedongen.¹⁵⁰

Een minderheid in de Duitse literatuur meent dat het verbreed eigendomsvoorbehoud in het geheel niet toelaatbaar is. Daarbij wordt in het bijzonder toegespitst op het zogenoemde *Kontokorrentvorbehalt*, op grond waarvan de eigendom wordt voorbehouden voor alle bestaande en toekomstige vorderingen die de rechtsverhouding tussen de verkoper en de koper voortvloeien. Dit standpunt is het meest uitvoerig onderbouwd door Tiedtke.¹⁵¹ Hij keert zich tegen de overweging van het BGH dat het verbreed eigendomsvoorbehoud geldig kan worden overeengekomen, tenzij de verbreding tot andere vorderingen zozeer in strijd komt met de aard van de koopovereenkomst, dat sprake is van misbruik van de partijautonomie.¹⁵² Volgens Tiedtke komt een verbreding van het eigendomsvoorbehoud namelijk per definitie in strijd met de aard van de koopovereenkomst. Het eigendomsvoorbehoud strekt ertoe de verkoper te beschermen tegen de gevaren die ontstaan doordat hij als eerste presteert. Het beding biedt, aldus nog steeds Tiedtke, de verkoper de mogelijkheid zich tegen deze gevaren in te dekken door de eigendom pas te laten overgaan op het moment dat de koper de tegenprestatie voldoet, omdat aldus het uitgangspunt van ‘gelijk oversteken’ wordt gehandhaafd. De verbreding van het eigendomsvoorbehoud verdraagt zich volgens hem niet met dit uitgangspunt, omdat het niet de doelstelling van het eigendomsvoorbehoud is de verkoper een additionele zekerheid voor geheel andere vorderingen te verschaffen. De verkoper gebruikt het eigendomsvoorbehoud dan op een oneigenlijke manier: ‘er erschleicht sich eine zusätzliche Sicherung, die zu Lasten des Käufers und seiner ungesicherten Gläubiger geht und mit dem Abschluß des Kaufvertrages, der zur Vereinbarung dieses Vorbehalts geführt hat, nichts zu tun hat.’¹⁵³ Een vergelijkbaar standpunt wordt ingenomen door Larenz en Rühl. Volgens hen leidt de verbreding tot andere vordering tot een ‘Entartung des Instituts des Eigentumsvorbehalts’, omdat de voor het beding zo wezenlijke ‘innere Zusammenhang zwischen Sicherungsmittel und zu sichernder Forderung’ wordt losgelaten.¹⁵⁴ Daarmee wordt de zaak ingezet voor zekerheidsdoeleinden die niets met de koopovereenkomst te maken hebben.

¹⁵⁰ Zie hierna in hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.3.

¹⁵¹ Tiedtke 2000, p. 829-848.

¹⁵² Zie voor die overweging hiervoor in voetnoot 144.

¹⁵³ Tiedtke 2000, p. 832. Zie ook Brinkmann 2011, p. 215: ‘Die besonderen Bedenken beruhen nach hier vertretener Auffassung darauf, dass der erweiterte Eigentumsvorbehalt zwar konstruktiv an den einfachen Eigentumsvorbehalt anknüpft, mit diesem in funktionaler Hinsicht jedoch kaum etwas gemein hat.’

¹⁵⁴ Larenz 1986, p. 126-127. Zie reeds Rühl 1930, p. 79. Zie m.b.t. het *Konzernvorbehalt* ook *BT-Drucks.* 12/3803, p. 78. Vgl. ook H. Lehmann, *Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen*, Stuttgart: Kohlhammer 1937, p. 58: ‘Bei der rechtlichen Neuordnung wird man (...) der im Kontokorrentvorbehalt gelegen mißbräuchlichen Übersteigerung der Sicherung richtiger die Anerkennung versagen.’ Zo ook Flume 1950, p. 849.

Voor het Nederlandse recht overtuigen deze argumenten.¹⁵⁵ De verbreding leidt tot een benadeling van de overige schuldeisers van de koper en druist daarmee in tegen de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud.¹⁵⁶ De verbreding leidt tot een ‘Entartung’ van het eigendomsvoorbehoud, omdat een wederkerigheidsband in het leven wordt geroepen door tegenover de verplichting tot eigendomsverschaffing niet alleen de verplichting tot betaling van de koopprijs te beschouwen, maar ook andere verplichtingen. Aldus wordt de koopovereenkomst kunstmatig in leven gehouden teneinde de verkoper de mogelijkheid te geven bij de afwikkeling van de koopovereenkomst zijn ongedaanmakingsverbintenis te verrekenen met de overige vorderingen.¹⁵⁷ Deze ontaarding van de koopovereenkomst blijkt bovendien uit het feit dat de verkoper de koopovereenkomst die in feite door de koper volledig is nagekomen, noodzakelijkerwijs moet ontbinden om te kunnen profiteren van de voordelen van het verbreed eigendomsvoorbehoud.¹⁵⁸ De uitoefening van het verbreed eigendomsvoorbehoud kan daarmee tot gevolg hebben dat een koopovereenkomst die reeds lange tijd geleden tot stand is gekomen moet worden ongedaan gemaakt. Dat alles verdraagt zich moeilijk met het ruil karakter van de koopovereenkomst:

‘Da die Klausel somit einen erweiterten Eigentumsvorbehalt enthält, widerspricht sie der gesetzlichen Regelung des § 433 I BGB [vgl. 7:9 lid 1 BW; toevoeging EFV], die dem Verkäufer als Hauptpflicht die Verpflichtung auferlegt, dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen. Mit der Verzögerung der Eigentumsübertragung bis zur Bezahlung aller bestehenden Forderungen, also auch solcher aus anderen Kaufverträgen, gefährdet die Klausel den Austausch zweck eines Kaufvertrages als wesentlichen Vertragszweck.’¹⁵⁹

Gelet op de hiervoor genoemde argumenten, wordt een verbreding van het eigendomsvoorbehoud terecht kritisch benaderd in het Oostenrijkse en het Duitse recht. Het voorgaande neemt echter niet weg dat een dergelijke verbreding naar Nederlands recht zonder meer toelaatbaar is met betrekking tot vorderingen die zijn omschreven in artikel 3:92 lid 2 BW. In het navolgende zal blijken dat daarvoor, ondanks de genoemde bezwaren, uiteindelijk toch een overtuigende rechtvaardiging bestaat in geval van doorlopende handelsrelaties.

¹⁵⁵ Voor het Duitse recht geldt dat in mindere mate. Het Duitse recht beschouwt de koopovereenkomst namelijk na betaling van de koopprijs als afgewikkeld en beschouwt de voorbehouden eigendom vanaf dat moment als zekerheidseigendom (zie daarover hierna in hoofdstuk 6, paragraaf 6.5.2, alwaar ook wordt uiteengezet dat deze route voor het Nederlandse recht niet begaanbaar is). In die benadering ligt het niet voor de hand het verbreed eigendomsvoorbehoud ontoelaatbaar te achten, omdat bij de ‘gewone’ zekerheidseigendom ook geen enkele samenhang is vereist tussen de tot zekerheid overgedragen zaak en de geseceureerde vordering. Vgl. Bülow 2012, p. 558-559 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 150. Zie evenwel ook MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 76.

¹⁵⁶ Spielbüchler 1968, p. 590.

¹⁵⁷ Zie Mayrhofer 1969a, p. 199, voetnoot 14: ‘Das Kaufverhältnis würde künstlich in Schwebe gehalten.’

¹⁵⁸ Zie uitgebreider hoofdstuk 6, paragraaf 6.5.1 en hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.11.

¹⁵⁹ OLG Koblenz 14 april 1989, *NJW-RR* 1989, 1459.

3.5.1 *De beperkte rechtvaardiging van het verbreed eigendomsvoorbehoud*

De verbreding van het eigendomsvoorbehoud vervult een belangrijke en ook noodzakelijke functie in het geval dat tussen verkoper en koper een rechtsverhouding bestaat, op grond waarvan de verkoper doorlopend zaken aan de koper levert.¹⁶⁰ Veelal gaat het daarbij om (niet-individualiseerbare) zaken die bestemd zijn om te worden doorverkocht en waartoe de koper ook reeds voor betaling van de koopprijs bevoegd is. Indien de verkoper slechts een eenvoudig eigendomsvoorbehoud zou kunnen bedingen bij elke specifieke deellevering of zelfs slechts zou kunnen bedingen dat de eigendom van een individuele zaak uit die deellevering pas zou overgaan op de koper indien hij de koopprijs voor de desbetreffende specifieke zaak heeft voldaan, zouden problemen kunnen ontstaan, als de koper in gebreke blijft met de voldoening van een gedeelte van de koopprijs.¹⁶¹ Het kan daarbij gaan om problemen met betrekking tot de individualisering van de niet betaalde zaken en om problemen ten aanzien van de vraag op welke specifieke koopprijsvordering een deelbetaling van de koper zou moeten worden toegerekend. Beide problemen worden hierna achtereenvolgens behandeld.

3.5.1.1 ONEIGENLIJKE VERMENGING

De verbreding van het eigendomsvoorbehoud voorkomt dat in een doorlopende handelsrelatie waarin opeenvolgend soortgelijke zaken worden geleverd, individualiseringsproblemen kunnen optreden bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Indien de verkoper het eigendomsvoorbehoud slechts zou kunnen bedingen voor de individuele tegenprestatie van elke geleverde, afzonderlijke zaak, zou het eigendomsvoorbehoud in veel gevallen van weinig waarde zijn. De verkoper zou zijn eigendomsvoorbehoud niet kunnen uitoefenen omdat hij niet zou kunnen aantonen welke zaken nog onbetaald zijn en waarvan hij dus nog eigenaar is.¹⁶² De gevolgen van deze zogenoemde oneigenlijke vermenging zouden fataal zijn voor de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud.

Deze dreigende individualiseringsproblemen waren de aanleiding voor de wetgever om de verbreding van het eigendomsvoorbehoud toe te staan. Hij werd op de problemen gewezen door het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, dat vreesde dat het eigendomsvoorbehoud in de praktijk niets waard zou zijn omdat de verkoper niet zou kunnen bewijzen welke van de bij de koper aanwezige

¹⁶⁰ Zie ook de Korte notitie d.d. 28 januari 1985 van de bespreking van 11 januari 1985 met enkele vertegenwoordigers van het Genootschap van Bedrijfsjuristen over de brief van het Genootschap aan de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer dd. 8 november 1984 en de notitie van mr. Snijders dd. 19 november 1985, p. 7, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 740.

¹⁶¹ Vgl. de Korte notitie d.d. 3 oktober 1984 van de bespreking van 11 september 1984 met enkele vertegenwoordigers van het Genootschap van Bedrijfsjuristen over enkele materiële punten in het nieuw B.W., opgekomen naar aanleiding van de bestudering van het overgangsrecht, p. 3, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 740.

¹⁶² Vgl. Flume 1959, p. 913 voetnoot 2.

zaken al dan niet betaald zouden zijn.¹⁶³ Het stelde dan ook voor artikel 3:92 lid 2 BW aldus vorm te geven 'dat het eigendomsvoorbehoud strekt tot al hetgeen te eniger tijd verschuldigd is door de afnemer ter zake van de afname van goederen en daarmee verband houdende schulden.'¹⁶⁴ De wetgever toonde zich gevoelig voor de bezwaren en bood de verkoper de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud ook te bedingen voor de vorderingen die thans worden genoemd in lid 2 van artikel 3:92 BW. De door de wetgever doorgevoerde wijziging ging zelfs verder dan het voorstel van het Genootschap. Niet alleen introduceerde hij de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te bedingen voor vorderingen uit overeenkomst met betrekking tot reeds geleverde of nog te leveren zaken, maar ook werd het mogelijk om een eigendomsvoorbehoud te bedingen voor in het kader van een zodanige overeenkomst verrichte of te verrichten werkzaamheden én voor vorderingen wegens tekortschieten in de nakoming van zodanige overeenkomsten.

Het verdient bijval dat de wetgever de verkoper heeft willen beschermen tegen de gevolgen van oneigenlijke vermenging. Bij gebreke van de verbredingsmogelijkheid zou het (eenvoudig) eigendomsvoorbehoud in het kader bij doorlopende leveranties ten aanzien van niet-individualiseerbare soortzaken veelal illusoir zijn. Het gevolg daarvan zou zijn dat de overige schuldeisers van de koper zouden profiteren van de bewijsnood van de verkoper. Dat zou zich niet goed verdragen met de argumenten die juist rechtvaardigen dat de overige schuldeisers zich voornamelijk niet kunnen verhalen op de door de verkoper geleverde, maar nog niet betaalde zaken.¹⁶⁵ De categorische uitsluiting van het verbreed eigendomsvoorbehoud zou de rechtvaardiging voor het eenvoudig eigendomsvoorbehoud met betrekking tot dergelijke zaken tenietdoen, doordat de schuldeisers van de koper zich ook zouden kunnen verhalen op nog niet betaalde zaken. De bewijsnood van de verkoper zou aldus leiden tot een *unjustified windfall* van de gezamenlijke schuldeisers ten koste van de verkoper.¹⁶⁶ Niet gezegd kan worden dat deze gevolgen 'in het grote geheel (...) recht [blijken] te doen aan het algemene streven naar een billijke verdeling van de pijn bij een faillissement, zoals neergelegd in het beginsel der *paritas creditorum*.'¹⁶⁷ Zoals hiervoor is gebleken, heeft het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud namelijk tot gevolg dat de verkoper juist buiten de *concursum creditorum* blijft, als gevolg waarvan hij ook het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers niet tegen zich hoeft te laten gelden.¹⁶⁸ Voor deze plaatsing van de verkoper buiten de *concursum* bestaan overtuigende argumenten, die ook gelden met betrekking tot soortzaken.

163 Brief van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen d.d. 8 november 1984, p. 8-9, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 739. Zie voor de hoofdlijnen Spier 1985, p. 3.

164 Brief van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen d.d. 8 november 1984, p. 8, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 739. Zie ook Spier 1985, p. 4.

165 Zie hiervoor in paragraaf 3.4.

166 Vgl. Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 49 InsO, Rn. 21.

167 Vriesendorp 1999, p. 12. Zo ook Wichers 2002, p. 152.

168 Vgl. Verstijlen 2002, p. 469.

Toch kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst bij de door de wetgever gekozen oplossing. Uit de toelichting op de wijziging van lid 2 blijkt dat de wetgever de verkoper wil beschermen tegen de gevolgen van oneigenlijke vermenging. Dat is opmerkelijk, omdat de wetgever bij de totstandkoming van artikel 5:15 BW opmerkt dat hij de gevolgen van oneigenlijke vermenging redelijk acht.¹⁶⁹ Bovendien biedt de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te verbreden geen adequate oplossing voor de oneigenlijke vermenging. De verbreding is slechts geschikt de individualiseringsproblemen te voorkomen indien de koper alle soortgelijke zaken betreft bij dezelfde verkoper. Indien de koper zodanige zaken ook elders aanschafft, kunnen zich de individualiseringsproblemen alsnog voordoen.¹⁷⁰ De verbreding pakt het probleem derhalve niet bij de wortel aan. Indien de wetgever de thans geldende gevolgen van oneigenlijke vermenging alsnog niet redelijk zou vinden, zou het meer voor de hand liggen om een algehele oplossing voor de problematiek te geven. Terwijl de oplossing van de wetgever op dit punt dus niet ver genoeg gaat, is zij in andere opzichten juist te verstrekkend. Waar het uiteindelijk om gaat, is dat de verkoper de mogelijkheid wil hebben zijn eigendomsvoorbehoud uit te oefenen met betrekking tot de zaken die nog niet betaald zijn. De verbreding vormt daarvoor een grofmazige oplossing, omdat de verkoper genoodzaakt is het eigendomsvoorbehoud te verbreden tot alle geleverde zaken, als gevolg waarvan hij ook eigenaar blijft van de reeds betaalde zaken. Wanneer men eenvoudigweg de problematiek van de oneigenlijke vermenging zou regelen, bijvoorbeeld op vergelijkbare wijze als de gewone vermenging (art. 5:15 BW), zou bereikt kunnen worden dat de verkoper het eigendomsvoorbehoud zou kunnen uitoefenen ten aanzien van de onbetaald gebleven zaken, maar tegelijkertijd dat de koper eigenaar is van de reeds betaalde zaken. Daarmee zou een evenwichtigere oplossing worden gegeven, die geen inbreuk maakt op de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud, waardoor enerzijds het belang van de verkoper is gewaarborgd, maar anderzijds ook rekening wordt gehouden met de belangen van de koper en diens schuldeisers.

De door de wetgever gekozen oplossing is ook in een ander opzicht te verstrekkend. Terwijl hij de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te verbreden tot andere vorderingen in het leven heeft geroepen om de verkoper te beschermen tegen individualiseringsproblemen, is die mogelijkheid geenszins beperkt tot zaken waarbij zich zodanige individualiseringsproblemen kunnen voordoen. Ook net betrekking tot zaken die zonder enige moeite te onderscheiden zijn, kan de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud verbreden.¹⁷¹ Tegen de achtergrond van de problematiek van oneigenlijke vermenging laat zich dat niet goed rechtvaardigen, maar wel in verband met een daarmee verwant probleem, dat in de volgende subparagraaf aan de orde komt.

¹⁶⁹ N.v.W., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 108.

¹⁷⁰ Zie voor een mogelijke oplossing echter hierna in hoofdstuk 7, paragraaf 7.4.2.2, die met name soelaas kan bieden als de andere verkoper ook een verbreed eigendomsvoorbehoud heeft bedongen.

¹⁷¹ W.A.K. Rank, 'Eigendomsvoorbehoud bij contractuele leveranties: de financier betaalt het gelag', *NTBR* 1994, p. 145.

3.5.1.2 TOEREKENING VAN BETALINGEN

De verbreding van het eigendomsvoorbehoud vervult in een doorlopende handelsrelatie niet alleen een functie ter voorkoming van individualiseringsproblemen, maar is eveneens nuttig met betrekking tot een enigszins verwant probleem. De problemen bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud kunnen namelijk niet alleen een gevolg zijn van het feit dat de door de verkoper geleverde zaken niet te onderscheiden zijn, maar ook van het feit dat onduidelijkheid kan bestaan met betrekking tot de vraag op welke vordering een deelbetaling van de koper moet worden toegerekend. Dit probleem doet zich met name voor in gevallen dat opeenvolgend voorraden worden geleverd en de koper de bevoegdheid heeft om uit die voorraad zaken te verwerken of door te verkopen voordat hij de koopprijs heeft voldaan.¹⁷² Zoals hierna zal blijken, kunnen deze problemen zich ook voordoen bij zaken ten aanzien waarvan zich geen individualiseringsproblemen kunnen voordoen.

Van belang is op te merken dat deze problemen zich ook zouden kunnen voordoen indien de wet wel een oplossing zou geven voor de problematiek van de oneigenlijke vermenging. Strikt genomen laat zich de vraag of sprake is van oneigenlijke vermenging namelijk pas beantwoorden zodra duidelijkheid bestaat dat de bij de koper nog aanwezige zaken gedeeltelijk niet meer aan de verkoper toebehoren. Dat kan veelal niet zonder meer worden vastgesteld, omdat zaken in een zekere willekeurige volgorde worden ingekocht, doorverkocht en afbetaald. Bovendien zou het voor de vaststelling van de gevolgen van oneigenlijke vermenging noodzakelijk zijn vast te stellen wat de omvang van de aanspraak van de verkoper is in de oneigenlijk vermengde hoeveelheid. Daarvoor is noodzakelijk dat duidelijkheid bestaat over de vraag hoeveel van de nog bij de koper aanwezige zaken onbetaald zijn gebleven. Als de koper de verkochte zaken heeft doorverkocht of verwerkt, zal niet altijd kunnen worden vastgesteld of die zaken al dan niet betaald zijn, omdat niet duidelijk is op welke zaken eventuele deelbetalingen betrekking hebben. Dergelijke problemen kunnen zich ook voordoen bij zaken waarbij zich geen individualiseringsproblemen voordoen.¹⁷³ Ook dan kan de verkoper in bewijsnood verkeren, omdat niet altijd duidelijk is op welke vordering de betaling precies betrekking heeft. Niet uitgesloten is dat uiteindelijk wel tot een oplossing kan worden gekomen, maar de verkoper en het handelsverkeer hebben belang bij een hanteerbaar eigendomsvoorbehoud, waarbij de uitoefening zonder al te veel obstakels kan plaatsvinden.¹⁷⁴ Bij gebreke van de mogelijkheid van verbreding van het eigendomsvoorbehoud zouden partijen deze onduidelijkheid bijvoorbeeld kunnen voorkomen door een imputatiebeding op te nemen met de strekking dat deelbetalingen evenredig worden toegerekend op de verschillende

¹⁷² Vgl. Reehuis 2013, nr. 28.

¹⁷³ Zie bijv. White & Summers 2012, p. 1286.

¹⁷⁴ Vgl. ook de Brief van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen d.d. 8 november 1984, p. 8, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 739 waarin wordt opgemerkt dat voorgestelde alternatieven ter vermijding van dit resultaat 'op zijn minst juridisch omslachtig' zijn en 'tot ondoorzichtigheid' leiden. Zie ook de notitie van W. Snijders d.d. 15 oktober 1984, p. 7-8, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 288: 'Bij veel bedrijven geeft het voorts moeilijkheden, als men telkens precies zou moeten administreren bij welke vordering welke onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen horen.'

vorderingen. Uiteindelijk wordt daarmee in feite een verbreding van het eigendomsvoorbehoud bereikt: de koper wordt pas eigenaar van de verkochte zaken indien de koopprijs ten aanzien van alle zaken is betaald.

Ook de wetgever lijkt dit probleem te hebben onderkend. Hij onderbouwde de wijziging van lid 2 namelijk niet alleen door te wijzen op de omstandigheid dat de onmogelijkheid van verbreding tot gevolg zou hebben dat de verkoper maatregelen zou moeten nemen ‘aan de hand waarvan hij steeds kan aantonen op welke inmiddels aan de verkrijger geleverde, hoewel aanwezige, zaak zijn vordering precies betrekking heeft’, maar stelde daarnaast dat de onmogelijkheid van verbreding het eigendomsvoorbehoud eveneens onmogelijk zou maken ‘voor vorderingen die andere zaken betreffen, die niet meer als zodanig bij de schuldenaar aanwezig zijn.’¹⁷⁵ Daarbij dient evenwel bedacht te worden dat het zelfs zo kan zijn dat geen duidelijkheid bestaat over de vraag of de vorderingen al dan niet betrekking hebben op zaken die niet meer bij de koper aanwezig zijn.

Precies vanwege deze problemen is in de Verenigde Staten bij de herziening van de UCC in 2001 de mogelijkheid geïntroduceerd om de *purchase money security interest* te verbreden door middel van een *cross-collateralization*-beding voor zover het gaat om – kort gezegd – zaken die bestemd zijn om te worden doorverkocht (*inventory*).¹⁷⁶ Een dergelijke verbreding staat op gespannen voet met de rechtvaardiging voor de supervoorrang van de *purchase money security interest*. Deze supervoorrang berust immers op de gedachte dat de overige schuldeisers niet benadeeld worden door de supervoorrang, omdat de voorrang van de aanschaffinancier betrekking heeft op de door hem aan het vermogen van de koper toegevoegde waarde. Dat geldt niet meer op het moment dat de zaak ook zekerheid biedt voor andere vorderingen dan de directe koopprijs.

Een vergelijkbare beperking ligt aan het Nederlandse recht van reclame ten grondslag, die volgt uit de rechtvaardiging van het recht van reclame. Zoals hiervoor aan de orde kwam, ligt ook aan het recht van reclame ten grondslag dat de schuldeisers van de koper door uitoefening van het recht van reclame niet benadeeld worden, omdat de koper de koopprijs van de zaak nog niet heeft betaald. In lijn met deze rechtvaardiging is het recht van reclame aldus vormgegeven dat de uitoefening van het recht van reclame niet alleen slechts mogelijk is *indien* de koopprijs niet is betaald, maar ook slechts *voor zover* de koopprijs niet is betaald. Als de koopprijs slechts gedeeltelijk is betaald, kan de verkoper slechts een daaraan evenredig deel van het afgeleverde terugvorderen (art. 7:39 lid 2 BW). Deze regeling laat zich rechtvaardigen vanwege de belangen van derden met betrekking tot de gereclameerde zaken. Het is niet goed te rechtvaardigen dat de verkoper het recht van reclame ook ten aanzien van reeds betaalde zaken zou kunnen uitoefenen, bijvoorbeeld om de voldoening van een schadevergoedingsvordering door middel van verrekening met het reeds aanbetaalde veilig te stellen. In de

¹⁷⁵ M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1239.

¹⁷⁶ De UCC biedt namelijk wel een oplossing voor de situatie dat geleverde zaken (oneigenlijk) vermengen. Hoewel niet altijd duidelijk lijkt te zijn wanneer sprake is van *accession of commingling* (zie *UCC Official Comment*, §9-335, nr. 2 en White & Summers 2012, p. 1302), is § 9-336 UCC, dat betrekking heeft op *commingled goods*, ook van toepassing op ‘goods whose identity is lost by commingling with other goods from which they cannot be distinguished.’ De vermenging van dergelijke zaken heeft tot gevolg dat de ‘security interest attaches to the mass.’ In geval van conflicterende aanspraken hebben de concurrerende zekerheidsrechten een gelijke rang naar ratio van de waarde van de zaken ten tijde van de vermenging.

tussentijd kunnen derden immers rechten hebben verkregen ten aanzien van de reeds betaalde zaken, zodat hun belangen niet uit het oog mogen worden verloren.¹⁷⁷

Ondanks het feit dat de *cross-collateralization* daarmee enigszins indruist tegen de ratio van de *purchase money security interest*, is de mogelijkheid daartoe bij de herziening desalniettemin geïntroduceerd. Veelal bleek de *purchase money security interest* met betrekking tot voorraden (*inventory*) in de praktijk namelijk van weinig waarde, vanwege de strikte relatie tussen de verkochte zaak en de koopprijs. Illustratief voor de problematiek is de uitspraak *Southtrust Bank v. Borg-Warner*.¹⁷⁸ Zowel de bank als Borg-Warner heeft een zekerheidsrecht gevestigd op de aan de schuldenaar toebehorende *inventory*, waarbij het de vraag is welk zekerheidsrecht een hogere rang heeft. De bank heeft haar kredietrelatie (*financing statement*) als eerste ingeschreven, maar Borg-Warner meent dat haar latere zekerheidsrecht desalniettemin een hogere rang heeft, omdat het een *purchase money security interest* zou betreffen, waaraan een supervoorrang is verbonden. Borg-Warner financierde namelijk de aanschaf van de *inventory* en had daartoe in de kredietovereenkomst het volgende beding opgenomen:

‘In order to secure repayment to Secured Party of all such extensions of credit made by Secured Party in accordance with this Agreement, and to secure payment of all other debts or liabilities and performance of all obligations of Debtor to Secured Party, whether now existing or hereafter arising, Debtor agrees that Secured Party shall have and hereby grants to Secured Party a security interest in all Inventory of Debtor, whether now owned or hereafter acquired, and all Proceeds and products thereof.’

De term *inventory* was als volgt gedefinieerd:

‘all inventory, of whatever kind or nature, wherever located, now owned or hereafter acquired ... when such inventory has been financed by Borg-Warner Acceptance Corporation.’

Aan de orde was de vraag of tegen deze achtergrond nog wel sprake was van een *purchase money security interest*, omdat de gefinancierde *inventory* ook diende als onderpand voor de terugbetaling van het krediet dat was verleend in het kader van de aanschaf van andere *inventory*. Daarmee werd het zekerheidsrecht van Borg-Warner verbreed, doordat de aangeschafte *inventory* niet alleen als onderpand diende voor de terugbetaling van de aanschaffinanciering van de desbetreffende *inventory*, maar ook voor andere *inventory*, waarvan de aanschaf door Borg-Warner was gefinancierd. Aldus was sprake van een generiek zekerheidsrecht (*floating lien*), zij het dat het zekerheidsrecht slechts een generiek karakter had ten aanzien van *inventory* dat door Borg-Warner was gefinancierd en slechts voor vorderingen vanwege de financiering van de aanschaf van de desbetreffende zaken. Volgens de Court of Appeals had het zekerheidsrecht van Borg-Warner door de verbreding het karakter van een *purchase money security interest* verloren:

¹⁷⁷ Salomons 1993, p. 310-311.

¹⁷⁸ *Southtrust Bank of Alabama National Association v. Borg-Warner Acceptance Corp.*, 760 F.2d. 1240 (1985).

‘We note (...) that BWAC retains a security interest in the goods. It merely loses its priority status as a purchase money secured lender. The concept of the floating lien under the U.C.C. remains intact. We hold, merely, that such a floating lien is inconsistent with a PMSI. A PMSI requires a one-to-one relationship between the debt and the collateral.’¹⁷⁹

De gedachte dat bij een *purchase money security interest* een een-op-een-relatie tussen de aangeschafte zaak en de vordering vanwege de aanschaffinanciering van die zaak vereist, is begrijpelijk tegen de achtergrond van de ratio van de supervoorrang van de *purchase money security interest*. Een verbreding van de *purchase money security interest* leidt ertoe dat dit zekerheidsrecht blijft rusten op zaken die al volledig zijn afbetaald. De rechtvaardiging voor de supervoorrang is dan niet meer aanwezig.¹⁸⁰ Aan de op dat moment geldende tekst van de UCC is bovendien een tekstueel argument te ontleen voor de stelling dat de *purchase money security interest* niet kan worden verbreed. Volgens § 9-107 UCC (oud) is namelijk slechts sprake van een *purchase money security interest* ‘to the extent that it is (a) taken or retained by the seller of the collateral to secure all or part of its price’ of ‘(b) taken by a person who by making advances or incurring an obligation gives value to enable the debtor to acquire rights in or the use of collateral if such value is in fact so used.’ Voor behoud van de *purchase money security interest* is in deze benadering vereist dat een een-op-een-relatie wordt aangetoond tussen de aangeschafte zaak en de vordering vanwege de aanschaffinanciering van die specifieke zaak. Met betrekking tot voorraden, die veelal in een grote hoeveelheid worden aangeschaft en in een willekeurige volgorde worden doorverkocht en afbetaald, is het ondoenlijk het bewijs van een dergelijke een-op-een-relatie te geven.

De in de hiervoor besproken zaak geformuleerde regel is bekend geworden als de *transformation rule*, omdat zij tot gevolg heeft dat een *purchase money security interest* transformeert in een ‘gewone’ *security interest* – dat wil zeggen: zonder supervoorrang – als de gefinancierde zaak ook zekerheid biedt voor andere

179 Daarbij is van belang dat het verlies van *purchase money status* met betrekking tot *consumer goods* niet alleen verlies van de supervoorrang tot gevolg heeft, maar leidt tot verlies van het zekerheidsrecht. Voor de *perfection* van een *purchase money security interest* met betrekking tot *consumer goods* is namelijk geen *filing* vereist (§ 9-309 UCC), terwijl dat voor gewone zekerheidsrechten wel geldt. Veel van de zaken met betrekking tot de *cross-collateralization* hadden dan ook betrekking op *consumer goods*. Dat houdt verband met 11 U.S.C. 522 (f)(1)(B), op grond waarvan bepaalde zaken buiten de faillissementsboedel vallen. Het gaat daarbij onder andere om ‘household furnishings, household goods, wearing apparel, appliances, books, animals, crops, musical instruments, or jewelry that are held primarily for the personal, family, or household use of the debtor or a dependent of the debtor.’ Onder omstandigheden kan de schuldenaar met betrekking tot dergelijke zaken ‘avoid the fixing of a lien on an interest of the debtor.’ De ratio van de regeling is door de *Supreme Court* als volgt samengevat: ‘The exemptions were designed to permit individual debtors to retain exempt property so that they will be able to enjoy a “fresh start” after bankruptcy.’ Zie *United States v. Security Indus. Bank*, 459 U.S. 70 (1982), p. 72, voetnoot 1. Daarmee werd beoogd misbruik tegen te gaan, dat eruit bestond dat een zekerheidsrecht werd bedongen ten aanzien van alle huisraad van de debiteur. Dergelijke zaken hebben dikwijls amper reële waarde en het zekerheidsrecht op die zaken werd dan ook voornamelijk gebruikt als pressiemiddel om de debiteur te dwingen tot betaling, omdat vervanging hoge kosten met zich zou brengen en dergelijke zaken voor de schuldenaar vaak onontbeerlijk zijn. Om begrijpelijke redenen geldt de regeling niet voor *purchase money security interests*: ‘If it applied to purchase money security interests, a person could purchase on credit a houseful of furniture and electronics and then go through a bankruptcy to wipe out the sellers’ security interest.’ (Lloyd 1985, p. 7). Het belang bij behoud van de *purchase money status* met betrekking tot *consumer goods* is daarmee evident. Zie nader Lloyd 1985, p. 6-7 en p. 54-56 en Wessman 1990, p. 1334-1338.

180 Zie hiervoor in paragraaf 3.4.5.

vorderingen. Deze interpretatie van de vereisten voor de kwalificatie als *purchase money security interest* lijkt leidend te zijn geweest onder de gelding van de UCC van vóór de herziening.¹⁸¹

Desalniettemin werd soms ook toepassing gegeven aan een andere interpretatie, die bekend staat als de *dual status rule*. De zaak *Pristas v. Landaus of Plymouth* is daarvan een voorbeeld.¹⁸² Pristas koopt een wasmachine van Landaus of Plymouth, die een *purchase money security interest* bedingt. In de overeenkomst wordt opgenomen dat het zekerheidsrecht op de wasmachine ook betrekking kan hebben op vorderingen in het kader van opvolgende aankopen. Daarvan was sprake toen Pristas nadien ook een fauteuil kocht bij Landaus. De beide schulden werden geconsolideerd tot een schuld, als gevolg waarvan de wasmachine en fauteuil dienden als onderpand voor de gehele schuld. Ook deze *Court of Appeals* meende dat 'a purchase-money security interest exists if the collateral is the item purchased and it secures its own price', maar verbindt aan die overweging een andere gevolgtrekking dan de *Court* in *Southtrust v. Borg-Warner*. Volgens hem kan een *security interest* namelijk een 'dual status' hebben. Daartoe wordt aangesloten bij een ander deel van de tekst van § 9-107 UCC (oud):

'This rationale is derived from the language of the Uniform Commercial Code Sec. 9-107, which states that a security interest is a purchase-money security interest "to the extent" that it is taken or retained by the seller of the collateral to secure all or part of its price. Thus, a purchase-money security interest in a quantity of goods can remain such "to the extent" it secures the price of that item, even though it may also secure the payment of other articles.'

In deze benadering is de *security interest* met betrekking tot de wasmachine en fauteuil ondanks de verbreding wel degelijk een *purchase money security interest*, voor zover de desbetreffende zaak zekerheid biedt voor de vordering ter zake van de aanschaf van die zaak. In deze benadering blijft evenwel problematisch op welke wijze moet worden vastgesteld op welke vordering de betaling in mindering moet worden gebracht indien de schuld gedeeltelijk wordt afgelost. Doorslaggevend is in dat geval hoe de betalingen moeten worden toegerekend op de verschillende vorderingen.¹⁸³ In verschillende uitspraken waarin deze *dual status rule* werd gevolg is daartoe een verscheidenheid aan methodes toegepast.¹⁸⁴ In enkele uitspraken werd geoordeeld dat de overeenkomst een allocatiemethode dient te bevatten, bij gebreke waarvan de *dual status rule* niet kon worden toegepast. Andere rechters pasten een wettelijke allocatiemethode toe of bepaalden zelf een allocatiemethode. Zo werd aangenomen dat een betaling moest worden toegerekend op de 'most precarious debt' of volgens de regel *first-in-first-out*. Deze regels leidden niet altijd tot een bevredigende oplossing, aangezien daarbij de volgorde waarin de zaken worden doorverkocht een rol speelt en deze volgorde niet altijd

181 Zie voor een overzicht Lloyd 1985, p. 48-54, Aronov 1985, p. 25-26 en p. 30-35 en Wessman 1990, p. 1310-1311.

182 *Pristas v. Landaus of Plymouth Inc.*, 742 F.2d 797 (1984).

183 Zie Lloyd 1985, p. 86 e.v., Aronov 1985, p. 45 e.v. en Wessman 1990, p. 313.

184 Zie voor een overzicht Lloyd 1985, p. 86-100 en Aronov 1985, p. 48-59.

voorspelbaar is.¹⁸⁵ De voor de aanschaffancier meest gunstige allocatiemethode is die waarbij de betaling naar evenredigheid wordt toegerekend op de verschillende vorderingen. Een dergelijke allocatiemethode werd veelal echter – in ieder geval in relatie tot consumenten – als ‘unconscionable’ beschouwd, omdat zij debiteuronvriendelijk is.¹⁸⁶

Het verlies van de supervoorrang bij toepassing van de *transformation rule* is fataal voor een *purchase money security interest*. Toepassing van de *dual status rule* heeft minder verstrekkende consequenties, maar biedt slechts een oplossing indien duidelijkheid bestaat over de vraag hoe betalingen moeten worden toegerekend. Met name bij niet-individualiseerbare zaken leidt dit tot problemen. De enige oplossing is in een dergelijk geval een toerekening van elke betaling naar evenredigheid van de gefinancierde zaken, maar dat komt per saldo neer op een volledige verbreding van de *purchase money security interest*. De andersluidende allocatieafspraken, zoals geformuleerd in de rechtspraak, zijn bij dergelijke zaken desastreus voor de *purchase money security interest*. Het is voor de aanschaffancier dan ondoenlijk aan te tonen op welke gefinancierde zaken zijn openstaande vordering betrekking heeft en welke zaken al zijn afbetaald.¹⁸⁷ In de literatuur is dan ook veel kritiek geuit op deze dreigende gevolgen voor de *purchase money security interest*, in het bijzonder met betrekking tot *inventory*. Een een-op-een-relatie tussen de vordering en de aangeschafte zaak is daarbij niet eenvoudig voorstelbaar.¹⁸⁸

Zolang de *purchase money security interest* beperkt blijft tot zaken die gefinancierd zijn door de aanschaffancier en deze zaken slechts als onderpand dienen voor vorderingen in het kader van de financiering van de aanschaf van de desbetreffende zaken, blijft de *security interest* beperkt tot de aanschafffinanciering en heeft de *purchase money security interest* slechts een beperkt generiek karakter: het zekerheidsrecht ‘floats over the purchase money collateral.’¹⁸⁹ Indien daarentegen verlangd zou worden van de aanschaffancier dat hij bij de financiering van voorraden de koopprijs zou opdelen voor elke afzonderlijke zaak, zodat er een een-op-een-relatie zou ontstaan tussen de vordering en de gefinancierde zaak, zou de *purchase money security interest* in veel gevallen niets waard zijn: ‘If it does not float, it must be dead!’¹⁹⁰ Het gevolg daarvan is dat de eerdere

¹⁸⁵ Lloyd 1985, p. 95 en Wessman 1990, p. 1323.

¹⁸⁶ Zie bijv. *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d. 445 (1965), waarover Lloyd 1985, p. 67 en p. 98. In de zaak *Pristas* werd een dergelijke allocatiemethode wel gehanteerd, omdat deze werd voorgeschreven door Section 1802 van de Pennsylvania Goods and Services Installment Sales Act, die bepaalde dat een betaling ‘shall be deemed to be allocated to all of the various time sale prices in the same proportion or ratio as the original cash sales prices of the various purchases bear to one another.’ Vgl. voor het Nederlandse recht art. 7:89 lid 2 BW dat voorschrijft dat betalingen eerst worden toegerekend op de vordering met betrekking tot de zaak waarvan het eerste het genot aan de kredietnemer is verschaft.

¹⁸⁷ Beard 1990, p. 494.

¹⁸⁸ Zie bijv. Wessman 1990, p. 1320: ‘Neither the consolidated debt nor the collateral can rationally be individuated into segments, and so a particular widget cannot be matched to one segment (...). Therefore it is nonsensical to ask whether a widget secures more than “its price,” if what is required is an assignment of a widget to a debt-segment. “Its price” no longer exists as some kind of separate entity like a table or a chair; to suppose it does is simply bad metaphysics.’ Vgl. ook Beard 1990, p. 462.

¹⁸⁹ Wessman 1990, p. 1323.

¹⁹⁰ Beard 1990, p. 437 e.v.

financier (de kredietverschaffende bank) met een generiek zekerheidsrecht uiteindelijk profiteert van deze problemen.¹⁹¹ Dat staat volgens een aantal auteurs op gespannen voet met de ratio van de *purchase money security interest*, omdat de supervoorrang die is verbonden aan dit zekerheidsrecht er juist toe strekt tegenwicht te bieden aan de eerdere kredietverschaffer.¹⁹² Daarmee maakt de UCC bovendien niet de uitgesproken ambitie waar, namelijk dat het recht met betrekking tot commerciële transacties wordt vereenvoudigd, verhelderd en gemoderniseerd.¹⁹³

Naar aanleiding van deze problematiek en de kritiek in de literatuur stelde de *Permanent Editorial Board's Uniform Commercial Code Article 9 Study Group* in haar rapport met aanbevelingen voor de herziening van *Article 9* voor dat de supervoorrang met betrekking tot *inventory* behouden diende te blijven indien de *purchase money security interest* werd verbreed door middel van een *cross-collateralization*-beding:

‘Section 9-107 [waarin wordt gedefinieerd wanneer sprake is van een *purchase money security interest*; toevoeging EFV] should be revised to make clear that cross-collateralization in the case of PMSI's in inventory is effective; *i.e.*, to the extent any purchase money inventory secures any purchase money debt, the security interest receives PMSI status.’¹⁹⁴

Deze aanbeveling is overgenomen bij de herziening van de UCC. Met betrekking tot *inventory* is daarmee de mogelijkheid tot verbreding geïntroduceerd zonder verlies van de supervoorrang, zoals duidelijk wordt in § 9-103 (b) UCC:

‘A security interest in goods is a purchase-money security interest:

- (1) to the extent that the goods are purchase-money collateral with respect to that security interest;
- (2) if the security interest is in inventory that is or was purchase-money collateral, also to the extent that the security interest secures a purchase-money obligation incurred with respect to other inventory in which the secured party holds or held a purchase-money security interest.’

Voor andere zaken dan *inventory* is de *dual status rule* vastgelegd in § 9-103(e) en (f) UCC, tezamen met een methode om de toerekening van betalingen te kunnen vaststellen.¹⁹⁵

¹⁹¹ Lloyd 1985, p. 74-76, p. 99-100, Beard 1990, p. 482-490 en Wessman 1990, p.1322-1324.

¹⁹² Beard 1990, p. 490: ‘Without the full benefits of the floating lien, the PMSI in inventory will be totally ineffective as a curb to creditor misbehavior or for the purpose of enabling the borrower to develop projects at the cheapest cost.’ Zie uitgebreid over deze ratio hiervoor in paragraaf 3.4.5.

¹⁹³ Zie Aronov 1985, p. 46: ‘When there are numerous units of inventory, itemizing specific units of inventory (...) may be cumbersome and commercially impractical. (...) This result is not consistent with the policies of the Code in simplifying and modernizing transactions and in expanding commercial practices.’ Vgl. ook Wessman 1990, p. 1347-1348. Zie voor deze ambitie §1-103 UCC.

¹⁹⁴ Zie het rapport van de Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code: *PEB Study Group Uniform Commercial Code Article 9. Report*, Philadelphia: Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code 1992, p. 100.

¹⁹⁵ Zie daarover White & Summers 2012, p. 1286-1288. De regels hebben alleen betrekking op *non-consumer goods*. Zie evenwel § 9-103(h) UCC: ‘The limitation of the rules in subsections (e), (f), and (g) to transactions other than consumer-goods transactions is intended to leave to the court the determination of the proper rules in consumer-goods transactions. The court may not infer from that limitation the nature of the proper rule in consumer-goods transactions and may continue to apply established approaches.’

Bij deze herziening zit de gedachte voor dat de schade voor de overige schuldeisers beperkt is, zolang de *purchase money security interest* betrekking heeft op zaken waarvan de aanschaf is gefinancierd door de aanschaffancier en deze zaken ook slechts zekerheid bieden voor vorderingen ter zake van de aanschaf van de desbetreffende zaken.¹⁹⁶ Het alternatief – de onmogelijkheid van verbreding van de *purchase money security interest* bij *inventory* – zou ertoe leiden dat een dergelijk zekerheidsrecht in veel gevallen niets waard zou blijken te zijn, omdat de supervoorrang verloren zou zijn gegaan. De gedachte bij dergelijke voor doorverkoop bestemde zaken is dat de koper eigenlijk niet zozeer de afzonderlijke zaken met een afzonderlijke koopprijs koopt, maar simpelweg de voorraden als geheel betreft. Die gedachte ligt voor de hand, omdat de koper niet zozeer geïnteresseerd is in de afzonderlijke zaken, maar in het geheel.¹⁹⁷ Treffend schrijft Shupack over de aanbeveling om *cross-collateralization* toe te staan bij *inventory*:

‘The recommendation that “cross-collateralization in the case of PMSI’s in inventory is effective” does not create a license for the PMSI lender to claim against assets of the debtor generally. The PMSI lender’s claim is limited to assets that, but for the PMSI financed transaction, would be available to other creditors of the debtor. (...) The recommendation suggests that the best understanding of the asset that is the subject of the PMSI is an entity—the inventory created by the PMSI sales, rather than each item of inventory taken separately.’¹⁹⁸

Hieruit blijkt dat er enige grond is te zeggen dat de verkoop van voorraden in het kader van een doorlopende handelsrelatie in feite moet worden begrepen als de aanschaf van de bulk zaken als geheel. Gelet op het feit dat dergelijke voorraden doorlopend worden aangekocht en vervolgens veelal in willekeurige volgorde worden doorverkocht en afbetaald, is het ondoenlijk tot een hanteerbare opsplitsing van de koopprijs te komen met betrekking tot elke afzonderlijke zaak. De verkoper heeft er belang bij om op eenvoudige wijze te kunnen overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de koopprijs. Bij gebreke van de mogelijkheid van verbreding zou dat tot moeilijkheden leiden, als gevolg waarvan het eigendomsvoorbehoud illusoir zou worden. Daarvan zouden de overige schuldeisers van de koper profiteren, hetgeen niet gerechtvaardigd is gelet op de besproken rechtvaardiging voor het eenvoudig eigendomsvoorbehoud. Tegen de verbreding van het eigendomsvoorbehoud bestaan in een zodanig geval ook geen fundamentele bezwaren, omdat de aanspraak van de verkoper noodzakelijkerwijze gebaseerd blijft op de omstandigheid dat de koper de zaken nog niet geheel heeft betaald.

Al met al kan daarmee geconcludeerd worden voor de verbreding van het eigendomsvoorbehoud een rechtvaardiging bestaat, omdat de verkoper daarmee op eenvoudige wijze zijn eigendomsvoorbehoud kan effectueren, zonder dat daarvoor noodzakelijk is dat de verkoper en koper allerlei afspraken moeten maken over de volgorde van afleveringen, betalingen en de bevoegdheid tot doorverkoop. De verbreding van het eigendomsvoorbehoud laat zich daarmee eigenlijk

¹⁹⁶ Beard 1990, p. 490-491.

¹⁹⁷ Zie Shupack 1992, p. 770: ‘Under Article 9, there is some sense to the proposition that the seller did not take either a red widget or a blue widget as collateral, but instead, the seller took an entity as collateral—the inventory supplied under the contract of sale.’

¹⁹⁸ Shupack 1992, p. 770 en p. 783.

slechts rechtvaardigen met betrekking tot zaken die voor de doorverkoop bestemd zijn, maar een dergelijk onderscheid tussen verschillende typen zaken is het Nederlandse recht, anders dan bijvoorbeeld het recht van de Verenigde Staten, vreemd.

3.5.2 *Verbreiding tot overige vorderingen*

Het voorgaande maakt duidelijk dat de rechtvaardiging voor de verbreiding van het eigendomsvoorbehoud tot vorderingen die de tegenprestatie vormen voor geleverde of te leveren zaken is gelegen in de omstandigheid dat aldus problemen worden voorkomen bij de uitoefening van een eigendomsvoorbehoud in een doorlopende handelsrelatie. Tegen deze achtergrond valt evenwel niet goed te verklaren waarom het eigendomsvoorbehoud ook verbreed kan worden tot vorderingen wegens tekortschieten in de nakoming van zodanige overeenkomsten, alsmede tot vorderingen betreffende de tegenprestatie voor ten behoeve van de verkrijger verrichte of te verrichten werkzaamheden.

3.5.2.1 SCHADEVERGOEDINGSVORDERINGEN

Voor de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te bedingen voor schadevergoedingsvorderingen worden door de wetgever geen argumenten aangevoerd. De wetgever merkt slechts in algemene zin op dat het bij het verbreed eigendomsvoorbehoud gaat om 'een figuur die naar algemene ervaring goed bij de eisen van het leverancierskrediet past en waartegen uit maatschappelijk oogpunt ook geen overwegend bezwaar behoeft te bestaan, mits zij tot het leverancierskrediet beperkt blijft, in dier voege dat een eigendomsvoorbehoud niet kan worden bedongen voor vorderingen van geheel andere aard, zoals die uit geldlening van een bank.'¹⁹⁹

In het oorspronkelijke ontwerp van artikel 3:92 BW kon het eigendomsvoorbehoud weliswaar ook worden bedongen voor schadevergoedingsvorderingen, maar dat kon slechts voor schadevergoedingsvorderingen wegens tekortschieten in de nakoming van de *desbetreffende* overeenkomst. Dit betekende dat de eigendom slechts kon worden voorbehouden voor vorderingen betreffende verdragingschade.²⁰⁰ Aldus werd de koper pas eigenaar als hij ook de verdragingschade had vergoed. Zoals in het vorige hoofdstuk is uiteengezet, kan het eigendomsvoorbehoud uit de aard der zaak niet worden bedongen voor de vordering tot vergoeding van het positieve contractsbelang.²⁰¹ Een dergelijke vordering ontstaat immers indien de verkoper door uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en ontbinding in een nadeligere vermogenspositie komt te verkeren dan het geval zou zijn bij nakoming (art. 6:277 BW). De eigendom kan de verkoper voor een dergelijke vordering niet voorbehouden, omdat het ontstaan van een dergelijke vordering veronderstelt dat de koopovereenkomst wordt ontbonden, waardoor ook

199 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1240.

200 Zie hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.7.

201 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.7.

niet meer denkbaar is dat de eigendom na voldoening van een vordering overgaat op de koper. Het eenvoudig eigendomsvoorbehoud kan uit de aard der zaak niet de winstverwachtingen van de verkoper waarborgen.²⁰²

Anders ligt dat voor schadevergoedingsvorderingen ter zake van het positieve contractsbelang met betrekking tot andere geleverde zaken, waarbij geen individualiseringsproblemen bestaan. Indien de koper een wasmachine koopt en volledig afbetaalt, valt niet goed in te zien waarom het gerechtvaardigd is dat de verkoper de wasmachine terugneemt, omdat de koper in gebreke is gebleven met de voldoening van de koopprijs van een koelkast, die hij veel later heeft aangeschaft. Aldus verschaft de verkoper zich een voorrangspositie die voor anderen, die niet in de toevallige positie verkeren dat zij zaken leveren aan de koper, is uitgesloten.²⁰³ De enkele omstandigheid dat de verkoper zowel de koelkast als de wasmachine aan de koper heeft geleverd, kan deze voorrangspositie niet rechtvaardigen. De verbreding van het eigendomsvoorbehoud heeft tot gevolg dat de koopovereenkomst ook nadat de koper de koopprijs volledig heeft voldaan ‘künstlich in Schwebe’ wordt gehouden,²⁰⁴ zodat de verkoper kan overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud indien de koper in de toekomst in gebreke blijft met de voldoening van mogelijksterwijs nog niet eens gesloten koopovereenkomst, ten einde de volledig betaalde koopprijs te verrekenen met de schadevergoedingsvordering.

3.5.2.2 VORDERINGEN VANWEGE WERKZAAMHEDEN

Ook de uitbreiding tot vorderingen met betrekking tot verrichte of te verrichten werkzaamheden wordt niet uitvoerig onderbouwd. Als voorbeeld wordt in de toelichting een aannemingsovereenkomst genoemd ‘waarbij de aannemer zich zowel verplicht tot het leveren van de nodige materialen en andere zaken als tot het tot stand brengen van het werk.’²⁰⁵ Een zodanige verbreding laat zich slechts rechtvaardigen met betrekking tot vorderingen die een zekere samenhang vertonen met de aanschaf van de zaak. Te denken valt aan de verkoop van een zaak, waarbij de verkoper ook de installatie of montage verzorgt.²⁰⁶

Naarmate de vorderingen in een minder nauw verband staan tot de aanschaf van de zaak, laat zich een dergelijke verbreding niet goed rechtvaardigen. Daarmee zou de verkoper zich een voorrangspositie verschaffen, die voor overige schuldeisers is uitgesloten en die bovendien ook ten koste gaat van de overige schuldeisers, doordat de eigendomsverkrijging van de koper nog niet intreedt. Er bestaan geen goede argumenten die rechtvaardigen dat de verkoper die toevalligerwijs ook bepaalde werkzaamheden verricht ten behoeve van de koper zich de eigendom zou kunnen voorbehouden, terwijl een andere dienstverrichter die mogelijkheid niet heeft.²⁰⁷ Terecht wordt in de literatuur dan ook als eis gesteld dat de vorderingen

202 Mincke 1995, p. 176-177.

203 Vgl. M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

204 Mayrhofer 1969a, p. 199, voetnoot 14.

205 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1240.

206 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 491 en Reehuis 2013, nr. 29.

207 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388 en Van den Heuvel 2004, p. 194-195.

betreffende werkzaamheden een zekere functionele samenhang moeten vertonen met de verkoop van de zaak.²⁰⁸ Ook in de Duitse literatuur en rechtspraak wordt een zodanige beperking wel gesteld.²⁰⁹ De ratio van de verbreding van het eigendomsvoorbehoud pleit bovendien voor een beperking tot vorderingen met een zekere temporele samenhang met de levering.²¹⁰ Alleen dan wordt zoveel mogelijk gewaarborgd dat het eigendomsvoorbehoud beperkt blijft tot vorderingen die samenhangen met de positie van de verkoper als leverancier en wordt voorkomen dat het eigendomsvoorbehoud ‘kan worden bedongen voor vorderingen van geheel andere aard’, hetgeen de wetgever heeft willen voorkomen.²¹¹

3.5.3 *Tussenconclusie*

De overtuigende rechtvaardiging die bestaat voor het eenvoudig eigendomsvoorbehoud, geldt niet voor het verbreed eigendomsvoorbehoud. Het verbreed eigendomsvoorbehoud verschaft de verkoper een substantiële voorrangspositie, waarbij de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud wordt doorbroken. Ook als de koper de volledige koopprijs heeft voldaan, kunnen de overige schuldeisers zich niet verhalen op de gekochte zaak. Daarmee ondervinden de overige schuldeisers van de koper nadeel van de verbreding, terwijl zij zich bovendien niet goed verdraagt met het karakter van de koopovereenkomst.

Gebleken is dat het verbreed eigendomsvoorbehoud zich uitsluitend laat rechtvaardigen indien tussen de verkoper en de koper een rechtsverhouding bestaat, op grond waarvan de verkoper doorlopend (soortgelijke) zaken aan de koper levert. Het gaat daarbij gewoonlijk om zaken die reeds voor betaling door de koper worden verwerkt of doorverkocht. Bij gebreke van de mogelijkheid van verbreding van het eigendomsvoorbehoud zou de verkoper moeilijkheden hebben bij het aantonen van een een-op-een-relatie tussen de nog bij de koper aanwezige zaak en de nog openstaande koopprijs. Aangezien het veelal gaat om voorraden die in etappes worden geleverd en vervolgens in willekeurige volgorde worden doorverkocht en betaald, zou het eigendomsvoorbehoud van de verkoper veelal niets waard zijn. Uiteindelijk zou dat vooral de overige schuldeisers van de koper ten goede komen, waardoor de onmogelijkheid van verbreding met betrekking tot dergelijk zaken uiteindelijk de ratio van het eenvoudig eigendomsvoorbehoud zou ondergraven, die er namelijk juist in is gelegen dat het onbevredigend zou zijn dat de overige schuldeisers zouden profiteren van het door de verkoper verschaft leverancierskrediet.

208 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 536, Reehuis 2013, nr. 29 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 536.

209 Zie BGH 23 november 1977, *NJW* 1978, 632, Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 35 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 76-77.

210 Zo ook Reehuis 2013, nr. 29 in fine.

211 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1240. Vgl. ook Reehuis 2013, nr. 29, volgens wie de ‘uitbreiding tot vorderingen in het kader van de levering verrichte of nog te verrichten werkzaamheden alleen te billijken [is] indien de werkzaamheden te maken hebben met zijn positie van leverancier van zaken.’

Deze beperkte rechtvaardiging geldt niet voor schadevergoedingsvorderingen en vorderingen wegens werkzaamheden. Dat neemt niet weg dat de verkoper volgens het geldende recht wel de mogelijkheid heeft om het eigendomsvoorbehoud voor zodanige vorderingen te bedingen. Met name voor vorderingen wegens werkzaamheden pleit echter veel voor een restrictieve interpretatie.

3.6 Verlengd eigendomsvoorbehoud

Van een verlengd eigendomsvoorbehoud is sprake als de verkoper zekerheid verkrijgt op goederen die in de plaats treden van de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak. Daarin verschillen het verlengd en het verbreed eigendomsvoorbehoud fundamenteel. Terwijl het verbreed eigendomsvoorbehoud een verruiming van het eigendomsvoorbehoud inhoudt ten aanzien van de vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen, blijft het verlengd eigendomsvoorbehoud beperkt tot de koopprijsvordering. Het verlengd eigendomsvoorbehoud leidt tot een verruiming met betrekking tot het voorwerp van de aanspraken van de verkoper: niet alleen de verkochte zaak, maar ook de goederen die daarvoor in de plaats treden, zoals de doorverkoopvordering of een nieuw gevormde zaak. Aangezien het verlengd eigendomsvoorbehoud derhalve beperkt blijft tot de koopprijsvordering, heeft het veel gemeen met het eenvoudig eigendomsvoorbehoud. De aanspraken van de verkoper blijven beperkt tot de door hem aan het vermogen van de koper toegevoegde waarde, zij het dat hij ook een aanspraak geldend wil maken met betrekking tot de goederen die een surrogaat vormen voor de verkochte zaak.²¹²

De reden voor de verlenging van het eigendomsvoorbehoud is gelegen in het volgende. In veel gevallen is de koper pas in staat de koopprijs te betalen, nadat hij de desbetreffende zaak heeft doorverkocht aan afnemers. Met de door de afnemers betaalde koopprijs kan hij de verkoper voldoen. Als het bij de verkochte zaken gaat om grondstoffen, halffabricaten of andere zaken die de koper wil verwerken, zal de koper veelal pas in staat zijn de koopprijs te voldoen, nadat hij deze zaken tot nieuwe zaken heeft verwerkt en deze vervolgens heeft doorverkocht. Een verbod tot verwerking of vervreemding van de verkochte zaak is daarmee niet in het belang van de koper, maar evenmin in het belang van de verkoper, omdat denkbaar is dat zijn afzetmarkt daardoor afneemt. De verlenging van het eigendomsvoorbehoud komt aan deze belangen tegemoet door enerzijds de koper de bevoegdheid te verlenen de zaak te verwerken en te vervreemden in de normale bedrijfsuitoefening, maar anderzijds de verkoper een vervangende aanspraak te verschaffen. Aldus wordt de koper niet belemmerd in het ontplooiën van zijn bedrijfsactiviteiten, maar worden de risico's voor de verkoper beperkt, doordat hij een vervangende aanspraak verkrijgt. Deze vervangende aanspraak heeft betrekking op datgene wat in economisch opzicht in de plaats treedt van de verkochte zaak en waarin derhalve de waarde van de verkochte zaak ligt besloten.

212 Iets anders geldt indien het verlengd eigendomsvoorbehoud is gecombineerd met een verbreed eigendomsvoorbehoud.

De nieuw gevormde zaak is ontstaan uit de oorspronkelijke zaak en de doorverkoopvordering kan de koper slechts realiseren door middel van de doorverkoop van de verkochte zaak. De (waarde van de) verkochte zaak is daarmee opgegaan in de nieuw gevormde zaak en de doorverkoopvordering.

Het voorgaande maakt duidelijk dat de term ‘verlengd eigendomsvoorbehoud’ enigszins misleidend is. Van een eigendomsvoorbehoud kan immers geen sprake meer zijn indien de eigendom van de verkochte zaak door zaaksvorming is tenietgegaan of is overgegaan op de afnemer van de koper. De term verlengd eigendomsvoorbehoud wordt in het navolgende dan ook slechts gebruikt om de constructie(s) aan te duiden waarmee de verkoper beoogt vervangende zekerheid te verkrijgen op datgene wat in economisch opzicht in de plaats treedt van de verkochte zaak. Zoals in het navolgende nog zal blijken, hanteren de verschillende rechtsstelsels bij de verlenging van het eigendomsvoorbehoud daarbij dikwijls een verschillende juridische techniek.

Het verdient opmerking dat de verlenging van het eigendomsvoorbehoud in Nederland naar mijn indruk geen vaste handelspraktijk is.²¹³ Dat hangt vermoedelijk samen met het feit dat een dergelijk beding naar de huidige stand van zaken en heersende opvattingen in de literatuur niet het gewenste effect sorteert. Het navolgende moet dan ook vooral worden begrepen als een onderzoek naar de wenselijkheid van een effectief verlengd eigendomsvoorbehoud. Daarbij wordt op zoek gegaan naar de rechtvaardiging voor een zodanige verlenging ten opzichte van de overige schuldeisers van de koper en de gemene deler in de verschillende rechtsstelsels, waarin een dergelijke verlenging van het eigendomsvoorbehoud op effectieve wijze kan worden bedongen.

3.6.1 *Verandering van functie na verlenging*

Het is van groot belang te beseffen dat het eigendomsvoorbehoud een wezenlijke verandering van functie ondergaat zodra de verkoper zijn voorbehouden eigendom verliest door zaaksvorming of doorverkoop en daarvoor in de plaats een vervangende aanspraak verkrijgt. Zoals in hoofdstuk 2 is betoogd, is het bestaansrecht van het eigendomsvoorbehoud gelegen in de omstandigheid dat de verkoper niet slechts een verhaalsbelang heeft, maar belang heeft bij behoud van de zaak zelf. Dat is het geval omdat de verkoper ook voor de verkoop al eigenaar was van de verkochte zaak en het eigendomsvoorbehoud zijn rechten bij ontbinding van de koopovereenkomst waarborgt, door vast te houden aan de wederkerigheid van de koopovereenkomst, ondanks het feit dat de verkoper de zaak reeds levert. Na

213 Soms treft men bedingen aan waarbij het eigendomsvoorbehoud wordt verlengd tot nieuw gevormde zaken. Zie voor voorbeelden Bartels 2007, p. 14-18. Een korte zoektocht op internet leverde slechts een enkel geval op waarin het eigendomsvoorbehoud wordt verlengd tot doorverkoopvorderingen. Zie bijv.: ‘De vorderingen van de contractpartner uit eventuele doorverkoop van de waren, die onder het eigendomsvoorbehoud vallen, worden reeds op dat moment overgedragen aan de opdrachtnemer. Deze dienen als zekerstelling in gelijke omvang als de waren, waarvoor het eigendomsvoorbehoud geldt.’ Zie ook H.J. Snijders, *Modellen voor de rechtspraktijk*, nr. I.3.4.45.50 (bijgewerkt tot 1 oktober 2016) die opmerkt dat voor het opnemen van een dergelijk beding geldt: baat het niet, dan schaadt het niet.

ontbinding en uitoefening van het eigendomsvoorbehoud kan de verkoper weer vrijelijk over de zaak beschikken, door de zaak zelf te behouden en te gebruiken of door deze hernieuwd te vervreemden onder de voorwaarden die hij geheel zelf kan bepalen.²¹⁴

Dit alles geldt niet meer zodra de oorspronkelijke zaak door de koper wordt verwerkt of doorverkocht.²¹⁵ Van een belang bij behoud van het object van de *eigen* prestatie is dan geen sprake meer.²¹⁶ Ten aanzien van de nieuw gevormde zaken of doorverkoopvorderingen heeft de verkoper slechts een zekerheidsbelang; hij wil zich kunnen verhalen voor de niet betaalde koopprijs. Een verkoper van meel heeft economisch belang bij behoud van het goed zelf. Indien de koper de koopprijs van het meel niet voldoet, kan hij het terugvorderen en vervolgens weer benutten in zijn eigen bedrijfsuitoefening door het nogmaals te vervreemden. Dat geldt niet meer zodra van het meel broden zijn gemaakt. De verkoper heeft geen belang bij de eigendom van de broden, maar heeft slechts belang bij verhaal op de nieuw gevormde zaken om aldus zijn vordering voldaan te krijgen.²¹⁷

De constatering dat het belang van de verkoper bij een aanspraak op de nieuw gevormde zaken of doorverkoopvorderingen een zekerheidsbelang is, maakt duidelijk dat het van rechtswege toekennen of door middel van een contractuele afspraak verkrijgen van een meest omvattende aanspraak op een nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering op gespannen voet staat met de aan het Nederlandse vermogensrecht ten grondslag liggende uitgangspunt dat zekerheidsmotieven niet de toewijzing van het meest omvattende recht rechtvaardigen, hetgeen tot uitdrukking komt in het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW). Met dat verbod beoogt de wetgever het ontstaan van een oneigenlijke figuur als zekerheidseigendom te voorkomen, die hij niet wenselijk acht. Na de verlenging (althans de zaaksvorming of de vervreemding) heeft het eigendomsvoorbehoud enkel nog een zekerheidskarakter. Het is de verkoper dan niet meer te doen om behoud van het voorwerp van zijn eigen prestatieplicht, maar om zekerheid voor de voltooiing van de koopprijsvordering. Uitoefening van het eigendomsvoorbehoud is dan niet meer gericht op teruggave van het voorwerp van zijn eigen prestatie – dat namelijk niet meer (bij de koper) voorhanden is – maar op afdwingen van de prestatie van de koper.

214 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388. Zie uitgebreid hoofdstuk 2.

215 Volgens Brinkmann 2011, p. 201 heeft het verlengd eigendomsvoorbehoud ook al vóórdat de zaak wordt verwerkt of doorverkocht een zekerheidskarakter, omdat de verkoper door in te stemmen met de vervreemding en verwerking te kennen zou geven dat hij geen belang zou hechten aan behoud van de zaak zelf. Zolang de zaak nog in de oorspronkelijke staat bij de koper aanwezig is, kan de verkoper de overeenkomst echter ontbinden en de zaak simpelweg als de zijne opvorderen. Tot de vervreemding of verwerking waarborgt het eigendomsvoorbehoud derhalve de rechten van de verkoper bij ontbinding. Zo ook de heersende leer in Duitsland, die de verkoper vóór het intreden van het *Verlängerungsfall* nog een *Aussonderungsrecht* toekent, omdat hij als werkelijk eigenaar wordt beschouwd. Zie o.m. MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 Inso, Rn. 113 en Rn. 144, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 158 en MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 32.

216 Brinkmann 2011, p. 201. Vgl. ook Flume 1950, p. 844.

217 Verheul 2014b, p. 526. Zie ook Bork 1997, p. 78: 'Die neue Sache soll (...) in der synallagmatischen Beziehung von Verkäufer und Käufer nicht an Stelle des Kaufgegenstandes treten, weil sie aufgrund der Verarbeitung einen höheren Wert hat und dieser auf dem Finanzeinsatz des Käufers beruht. Der originäre Erwerb des Verkäufers dient nur dem Zweck, den Verkäufer nach Wegfall des Synallagmas für die noch offene Kaufpreisforderung zu sichern.'

Illustratief voor deze functieverandering is de wijze waarop het Duitse recht de aanspraak van de verkoper bij het verlengd eigendomsvoorbehoud kwalificeert. Verlenging van het eigendomsvoorbehoud is naar Duits recht mogelijk door een *Vorausabtretungsklausel* en door een *Verarbeitungsklausel*. Bij de *Vorausabtretungsklausel* cedeert de koper de doorverkoopvorderingen bij voorbaat aan de verkoper tot zekerheid van de voldoening van de koopprijs. Er is derhalve sprake van een zekerheidscessie. Bij een *Verarbeitungsklausel* komen koper en verkoper overeen dat de koper de nieuw te vormen zaken vormt voor de verkoper, als gevolg waarvan de verkoper door zaaksvorming eigenaar wordt van deze zaken. Hoewel het daarbij in de opvatting van het BGH gaat om een *originaire* wijze van eigendomsverkrijging (dat wil zeggen: de eigendom van de verkochte zaak ontstaat direct in het vermogen van de verkoper en is niet afgeleid van de koper),²¹⁸ heeft de eigendom van de verkoper te gelden als zekerheidseigendom.²¹⁹ Niet beoogd is namelijk dat de verkoper daadwerkelijk eigenaar blijft van de nieuw gevormde zaak. Zijn eigendom strekt slechts tot zekerheid voor de voldoening van de koopprijsvordering. Beide varianten van het verlengd eigendomsvoorbehoud verschaffen de verkoper derhalve slechts een zekerheidsaanspraak. Om die reden heeft de verkoper in faillissement, anders dan het geval is bij het eenvoudig eigendomsvoorbehoud,²²⁰ geen *Aussonderungsrecht*, maar slechts een *Absonderungsrecht*. Hij kan de zaak niet als de zijne opvorderen of als rechthebbende aanspraak maken op de vordering, maar heeft slechts aanspraak om met voorrang uit de opbrengst van de nieuw gevormde zaak te worden voldaan dan wel met voorrang te worden bevredigd uit de geïnde doorverkoopvordering.²²¹ Daarin komt het zekerheidskarakter van het verlengd eigendomsvoorbehoud tot uitdrukking.

Deze functieverandering van het eigendomsvoorbehoud komt ook tot uitdrukking in de *UNCITRAL Legislative Guide*. De *Guide* adviseert staten die ervoor hebben gekozen de aanspraak van de onbetaald gebleven verkoper vorm te geven als een eigendomsrecht (de zgn. *non-unitary approach*), de aanspraken van de verkoper met betrekking tot datgene wat in de plaats treedt van de verkochte zaak

²¹⁸ Zie hierna in hoofdstuk 7, paragraaf 7.2.

²¹⁹ Serick 1982, p. 409-417, Soergel/Henssler 2002, § 950 BGB, Rn. 26, Jaeger/Henckel 2008, § 51 InsO, Rn. 38, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 158, MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 31 en Staudinger/Wiegand 2017, § 950 BGB, Rn. 53. Zo ook de wetgever in de parlementaire geschiedenis bij de *Insolvenzordnung: BR-Drucks.* 1/92, p. 125. In de literatuur neemt een overgrote meerderheid daarentegen aan dat de verkoper de zaak derivatief – nl. via het vermogen van de koper bij wege van geanticipeerd *constitutum possessorium* – verkrijgt. In deze leer is zonder meer sprake van een *Absonderungsrecht*, omdat sprake is van een zekerheidsoverdracht. Zie MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 106-116, i.h.b. Rn. 114 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 87.

²²⁰ Zie hiervoor in paragraaf 3.4.2.

²²¹ Zie naast de in voetnoot 219 genoemde literatuur Serick 1982, p. 363-364, Marotzke 1996, p. 432, Bork 1997, p. 77-78, Häsemeyer 2003, p. 380-381, Jaeger/Henckel 2008, § 51 InsO, Rn. 32 en Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 51 InsO, Rn. 42. Zie uit de rechtspraak o.m. BGH 17 mei 1978, *NJW* 1978, 1632, BGH 9 november 1978, *NJW* 1979, 365 en BGH 20 november 2003, *NJW-RR* 2004, 340. De verlenging van het eigendomsvoorbehoud heeft naar Duits recht daarnaast ook haar weerslag op de onderliggende koopovereenkomst. Na zaaksvorming of doorverkoop is geen sprake meer van een wederkerige overeenkomst die door beide partijen nog niet (volledig) is nagekomen (§ 103 InsO), volgens sommigen omdat de verkoper aan zijn verplichtingen heeft voldaan (de koper is immers *haftungsrechtlich* als eigenaar resp. rechthebbende van de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering te beschouwen), volgens anderen omdat de koopovereenkomst niet meer nagekomen kan worden, volgens weer anderen omdat de koopovereenkomst wordt omgevormd tot een *Sicherungsabrede* op grond waarvan de verkoper vervolgens als zekerheidseigenaar heeft te gelden of een combinatie van deze argumenten. Zie Serick 1982, p. 411-417, Bork 1997, p. 77-79, Elz 2000, p. 480, MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 105 en Rn. 113, Jaeger/Jacoby 2014, § 107 InsO, Rn. 87, Gottwald/Huber 2015, § 36, Rn. 36 en Braun/Kroth 2017, § 103 InsO, Rn. 34.

(*proceeds*) als zekerheidsrecht vorm te geven.²²² Voor deze benadering is ook gekozen in de DCFR. Indien de verkoper zijn eigendom voorbehoudt en ook een verlengd eigendomsvoorbehoud bedingt, verkrijgt hij met betrekking tot de nieuw gevormde zaak slechts een zekerheidsrecht (art. IX.-2:308(2) DCFR). Hetzelfde geldt voor de verlenging tot doorverkoopvorderingen. De verkoper verkrijgt dan slechts een zekerheidsrecht ten aanzien van de doorverkoopvordering (art. IX.-1:104 jo. art. IX.-3:310 jo. art. IX.-4:105(2) DCFR).²²³ Daarin komt de functieverandering van het eigendomsvoorbehoud tot uitdrukking: de verkoper kan met betrekking tot de nieuw gevormde zaak en doorverkoopvordering geen aanspraak maken op een eigendomsrecht, maar slechts op een zekerheidsrecht.

3.6.2 *Het behoud van voorrang met betrekking tot de waarde*

Uit het voorgaande blijkt dat de verkoper met een verlengd eigendomsvoorbehoud een zekerheidsrecht wil verkrijgen voor de voldoening van de koopprijs op datgene wat in economisch opzicht in de plaats treedt van de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak. De waarde van de verkochte zaak, die de tegenwaarde vormt voor de koopprijs, ligt na zaaksvorming of doorverkoop besloten in de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering. Zolang de voorrangspositie van de verkoper met betrekking tot die nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering zich beperkt tot de waarde van de oorspronkelijke zaak, gelden voor het verlengd eigendomsvoorbehoud daarmee in belangrijke mate dezelfde rechtvaardigende argumenten als voor het eenvoudig eigendomsvoorbehoud.

Zoals hiervoor aan de orde kwam, wordt het eenvoudig eigendomsvoorbehoud gerechtvaardigd door het feit dat de werking van het beding neutraal is ten opzichte van de overige schuldeisers van de koper.²²⁴ Tegenover de betaling van de koopprijs staat de eigendomsverkrijging van de zaak, zodat de omvang van het vermogen van de koper niet verandert. Bovendien zou het niet goed te rechtvaardigen zijn dat de overige schuldeisers van de koper, in het bijzonder de kredietverschaffende bank, zich ten koste van de verkoper op de zaak zouden kunnen verhalen, voordat de koper daarvoor de koopprijs zou hebben betaald. Voor het verlengd eigendomsvoorbehoud gelden deze argumenten evenzeer. Indien de voorrangspositie van de verkoper met betrekking tot de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering beperkt blijft tot datgene wat hij heeft bijgedragen aan het ontstaan van de zaak en de vordering, namelijk de koopprijs van de zaak, is de voorrangspositie van de verkoper evenzeer neutraal ten opzichte van de overige schuldeisers van de koper,²²⁵ terwijl niet goed zou zijn te rechtvaardigen dat de overige schuldeisers zich (volledig) zouden kunnen verhalen op de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering, terwijl het ontstaan daarvan in belangrijke mate door de verkoper mogelijk is gemaakt.

²²² UNCITRAL *Legislative Guide on Secured Transactions*, paragraaf 160, p. 359 en *Recommendation* 197.

²²³ Zie Von Bar & Clive 2009, p. 5568.

²²⁴ Zie paragraaf 3.4.1.

²²⁵ Vgl. Flume 1959, p. 917.

Het verlengd eigendomsvoorbehoud leidt aldus niet tot een uitbreiding van de voorrangspositie van de verkoper, maar handhaaft de positie die de verkoper innam met betrekking tot de verkochte zaak.²²⁶ Die voorrangspositie handhaaft hij weliswaar ten aanzien van een ander voorwerp, maar dat voorwerp vertoont een nauwe band met de verkochte zaak omdat de waarde van de verkochte zaak daarin besloten ligt. Niet alleen is het verschaffen van leverancierskrediet door de verkoper daarmee een noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de verkochte zaak of de doorverkoopvordering, maar ook bestaat een nauwe inhoudelijke band met de verkochte zaak.²²⁷ Op grond van deze redenen verkrijgt de verkoper naar Oostenrijks recht bij zaaksvorming een aandeel in de nieuw gevormde zaak, waarvan de omvang correspondeert met de waarde van de verkochte zaak. Anders dan het verbreed eigendomsvoorbehoud, wordt het verlengd eigendomsvoorbehoud derhalve niet beschouwd als inbreuk op de publiciteitseisen die het Oostenrijkse recht stelt aan het verkrijgen van een voorrangspositie, omdat de verkoper slechts zijn bij het eenvoudig eigendomsvoorbehoud bestaande voorrangspositie handhaaft. Daarmee wordt volgens het OGH voorkomen dat de overige schuldeisers van de koper een voordeel in de schoot wordt geworpen ten koste van de verkoper die de nieuwe zaak mede heeft gefinancierd:

‘Die Erstreckung des vorbehaltenen Eigentums auf den Wert, den die gelieferte Sache in dem aus ihr hergestellten Produkt verkörpert, entspricht (...) der engen Beziehung gerade dieses Gläubigers zu der betreffenden Sache und ist daher auch aus dem Gesichtspunkt der Wertverfolgung gerechtfertigt; sie verhindert gleichzeitig die sich aus der gegenteiligen Auffassung notwendig ergebende, sicherlich unbefriedigende Konsequenz, daß völlig sachfremde Gläubiger ungehindert auf ein Produkt greifen können, das durch Verarbeitung des von einem Dritten gelieferten Rohstoffes entstanden ist.’²²⁸

De UCC komt van rechtswege tot een vergelijkbaar resultaat. Als de zaak waarop de *purchase money security interest* betrekking heeft wordt verwerkt tot een nieuwe zaak, strekt dit zekerheidsrecht zich automatisch uit tot de nieuw gevormde zaak (§ 9-336(c) en (d) UCC). Indien de nieuwe zaak wordt gevormd uit meerdere zaken, dan hebben de zekerheidsrechten die betrekking hadden op de oorspronkelijke zaken een gelijke rang, waarbij de onderlinge verhouding bepaald wordt aan de hand van de waarde van de oorspronkelijke zaken ten tijde van de zaaksvorming (§ 9-336(f)(2) UCC). De regel is ingegeven door de gedachte dat degene wiens onderpand heeft bijgedragen aan het ontstaan van de nieuw gevormde zaak, voorrang verdient boven anderen die ook aanspraak zouden willen op de zaak.²²⁹ In lijn met die gedachte lijkt te moeten worden aangenomen

226 Zie – ten aanzien van zaaksvorming – Spielbüchler 1968, p. 595, Frotz 1970, p. 190-191, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 627-628 en Rummel & Lukas/Karner 2016, § 415 ABGB, Rn. 9. Vgl. ook Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 92. Zo ook – in afwijking van eerdere rechtspraak – OGH 15 november 1976, *JBl.* 1977, 261, i.h.b. op p. 265: ‘Diese „Privilegierung“ des Vorbehaltsverkäufers [ist] – solange es nur um die Erhaltung seiner bisherigen dinglichen Sicherheit geht – mit jedem Eigentumsvorbehalt verbunden.’ Vgl. voor het Duitse recht Flume 1955, p. 564-565.

227 Vgl. Hees 1955, p. 526 en Neubeck 1959, p. 581.

228 OGH 15 november 1976, *JBl.* 1977, p. 261, op p. 266-267.

229 *UCC Official Comment*, § 9-315 (oud), nr. 1.

dat, hoewel de UCC dat niet uitdrukkelijk bepaalt, de supervoorrang van de aanschaffancier zich ook uitstrekt tot de nieuw gevormde zaak.²³⁰ Vergelijkbaars geldt voor de DCFR. Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, krijgt de verkoper volgens de DCFR met betrekking tot de nieuw gevormde zaak slechts een zekerheidsrecht (art. IX.-2:308(2) DCFR), maar dit zekerheidsrecht heeft wel dezelfde supervoorrang als het oorspronkelijke eigendomsvoorbehoud (art. IX.-4:103(1)(b) DCFR).²³¹

Een vergelijkbare rechtvaardiging lag onder het oude recht ten grondslag aan het verlengd reclamerecht dat was neergelegd in artikel 1192a lid 2 BW (oud). Indien de koper de nog niet betaalde zaken had doorverkocht aan een ander, kon de verkoper de koopprijs die de afnemer verschuldigd was aan de eerste koper 'tot aan het beloop zijner rekening voor zich vorderen.' Aan dit verlengd reclamerecht lag volgens de Hoge Raad ten grondslag 'dat voor zover dit redelijkerwijs mogelijk is, moet worden voorkomen, dat de opbrengst van roerende goederen, (...), aan derden ten goede komt, zolang de oorspronkelijke verkoper niet is gekweten.'²³²

Dat de verlenging van het eigendomsvoorbehoud niet tot een benadeling van de overige schuldeisers leidt, blijkt ook uit het feit dat de verlenging van het eigendomsvoorbehoud naar Duits recht niet door middel van de *actio Pauliana* kan worden aangetast, indien de doorverkoop kort voor faillissement van de koper plaatsvindt. Indien en voor zover de verlenging van het eigendomsvoorbehoud namelijk slechts betrekking heeft op de waarde van de verkochte zaak, is geen sprake van benadeling van de overige schuldeisers, omdat de verlenging niet leidt tot een afname van het voor verhaal vatbare vermogen:

'[D]ie unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware [hatte] nicht zu dem Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Durch die Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts wurde daher lediglich die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware gegen die Forderung ausgetauscht, die mit dieser Ware erlangt wurde. Da der Vorbehaltskäufer ohne die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware die Forderung für diese Ware nicht hätte erwerben können, wird durch das Entstehen dieser Forderung das Vermögen des späteren Gemeinschuldners nicht gemindert und werden daher dessen übrige Gläubiger nicht benachteiligt, wenn und soweit die Vorausabtretung sich auf das mit der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware Erlangte beschränkt.'²³³

230 Gilmore 1965, p. 854-856 met verwijzing naar *Bancroft Steel v. Kuniholm Mfg. Co.*, 117 ALR 678 (1938), waarin een vergelijkbaar resultaat werd bereikt voor de invoering van de UCC en T.H. Jackson & A.T. Kronman, 'A Plea for the Financing Buyer', *The Yale Law Journal* 1975, p. 29. Vgl. ook Coogan 1959, p. 861, noot 87 ('uncertain') en Lacy 1990, p. 316 ('apparently continue[s]'). Anders: D. Frisch, 'UCC Section 9-315: A Historical and Modern Perspective', *Minnesota Law Review* 1985, p. 46-48. De enige mij bekende rechtspraak op dit punt is *Boatmen's Bank v. Smith*, 29 B.R. 690 (1983), waarin wordt aangenomen dat de supervoorrang zich uitstrekt tot de nieuw gevormde zaak.

231 Von Bar & Clive 2009, p. 5469-5470 en p. 5561-5563.

232 HR 25 juni 1954, *NJ* 1955, 685 m.nt. D.J. Veegens (*Doorverkochte rogge*).

233 BGH 14 mei 1975, *NJW* 1975, 1226, bevestigd in BGH 6 april 2000, *NJW-RR* 2000, 1154 en BGH 17 maart 2011, *NJW* 2011, 1506. Zie uit de literatuur o.m. Serick 1982, p. 373-375 en p. 379-380, MünchKomm-InsO/Kayser 2013, § 129 InsO, Rn. 108d en Rn. 155, Uhlenbruck/Hirte & Ede 2015, § 129 InsO, Rn. 220-222 en 361 en Gottwald/Huber 2015, § 46, Rn. 58. Indien de verkoper daarentegen aanspraak maakt op de meerwaarde die het gevolg is van de doorverkoop (de *aufgeschlagene Marge* bij de doorverkoop) ligt dat dus anders. In een dergelijk geval zal een verlenging evenwel in de regel slechts als 'kongruente Deckung' (§ 130 InsO) kunnen worden aangetast. Zie BGH 17 maart 2011, *NJW* 2011, 1506, Jaeger/Henckel 1991, § 30 KO, Rn. 221 en MünchKomm-InsO/Kayser 2013, § 129 InsO, Rn. 155. Kritisch over de mogelijkheid tot aantasting van de verlenging met betrekking tot dit surplus Jaeger/Henckel 2008, § 129 InsO, Rn. 208. Vgl. ook Serick 1982, p. 375-381 en p. 421-425, die meent dat een *Teilanfektung* van het surplus niet aangewezen is, omdat het surplus vanwege het zekerheidskarakter per definitie moet worden afgedragen aan de boedel.

Voor zover de verlenging van het eigendomsvoorbehoud beperkt blijft tot de oorspronkelijke koopprijsvordering, handhaaft de verkoper slechts zijn voorrangspositie en wordt deze niet uitgebreid ten koste van de overige schuldeisers.²³⁴ In lijn met deze gedachte is op de Duitse Juristentag van 1976, waarop de herziening van het Duitse zekerhedenrecht centraal stond, voorgesteld om de verlenging van zekerheidsrechten slechts toe te staan tot zekerheid van de waarde van het oorspronkelijke goed,²³⁵ welk voorstel met een ruime meerderheid werd aangenomen,²³⁶ maar vooralsnog niet tot wettelijk ingrijpen heeft geleid.

Ook zonder wettelijk ingrijpen heeft het Duitse recht zich echter in deze richting ontwikkeld. Het Duitse recht waakt door toepassing van algemene leerstukken namelijk tegen het ontstaan van een oververzekering (*Übersicherung*) van de verkoper bij een verlengd eigendomsvoorbehoud. Daarvan is sprake indien de waarde van de tot zekerheid overgedragen zaken of vorderingen de waarde van de gecureerde vorderingen (substantieel) overstijgt. Deze oververzekering wordt problematisch geacht, omdat de koper de desbetreffende zekerheidsobjecten niet nogmaals kan benutten als onderpand en omdat de overige schuldeisers zich daarop niet kunnen verhalen. Indien de waarde van de doorverkoopvordering of nieuw gevormde zaak de oorspronkelijke koopprijsvordering aanzienlijk overstijgt, kan een verlenging van het eigendomsvoorbehoud vanwege deze *Übersicherung* in strijd met de goede zeden zijn (§ 138 BGB) of een *unangemessene Benachteiligung* (§ 307 BGB) opleveren, indien het verlengd eigendomsvoorbehoud is opgenomen in de algemene voorwaarden.²³⁷ Teneinde dat te voorkomen, pleegt het verlengd eigendomsvoorbehoud aldus te worden vormgegeven dat de aanspraak van de verkoper beperkt blijft tot de waarde van de oorspronkelijke

234 Vergelijkbaars geldt indien het eigendomsvoorbehoud wordt verlengd tot nieuw gevormde zaken en zaaksvorming kort voor faillissement plaatsvindt. Zie daarover Serick 1982, p. 418-425, Jaeger/Henckel 1991, § 30 KO, Rn. 222, Elz 2000, p. 482, Jaeger/Henckel 2008, § 129 InsO, Rn. 218-221 en Rn. 246, MünchKomm-InsO/Kayser 2013, § 129 InsO, Rn. 22 en KPB/Schoppmeyer 2014, § 131 InsO, Rn. 102.

235 Zie het preadvies van U. Drobnig, 'Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten?', *Gutachten für den 51. Deutschen Juristentag*, München: C.H. Beck 1976, p. F 69-70.

236 *Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages. Band II: Sitzungsberichte*, München: C.H. Beck 1976, p. O 181.

237 Aangezien deze wanverhouding tussen vordering en zekerheidsobject in een dergelijk geval niet pas naderhand intreedt door gedeeltelijke afbetaling, maar reeds besloten ligt in de verlenging en dus ten tijde van het overeenkomen van het verlengd eigendomsvoorbehoud voorzienbaar is, gaat het hierbij om de zogenoemde *anfängliche Übersicherung*, waarvan sprake is 'wenn bereits bei Vertragsschluß gewiß ist, daß im noch ungewissen Verwertungsfall ein auffälliges Mißverhältnis zwischen dem realisierbaren Wert der Sicherheit und der gesicherten Forderung bestehen wird.' Deze vorm van *Übersicherung* verschilt van de *nachträgliche Übersicherung* omdat de *Sicherungsabrede* in geval van een *anfängliche Übersicherung* niet is, terwijl bij *nachträgliche Übersicherung* enkel een aanspraak op vrijgave bestaat (zie BGH (GrS) 27 november 1997, *NJW* 1998, 671, Staudinger/Wiegand 2017, Anh. zu §§ 929-931 BGB, Rn. 155-155b en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, Anh. §§ 929-936 BGB, Rn. 30-32). Zie uit de rechtspraak o.m. BGH 16 december 1957, *NJW* 1958, 417, BGH 20 maart 1985, *NJW* 1985, 1836, BGH 8 oktober 1986, *NJW* 1987, 487, BGH 13 juni 1990, *NJW-RR* 1990, 1525 en BGH 2 december 1992, *NJW* 1993, 533. Zie voor een voorbeeld van een verlenging van het eigendomsvoorbehoud tot doorverkoopvorderingen die strijdig was met de goede zeden vanwege *anfängliche Übersicherung* OLG Hamm 9 oktober 2001, 21 U 6/01 en voor een voorbeeld van een verlenging tot nieuw gevormde zaken door *Übersicherung* ongeldig was LG Bonn 21 april 1993, *ZIP* 1993, 692 (en *ZIP* 1994, 1975). Zie over de problematiek van *Übersicherung* specifiek in relatie tot het verlengd eigendomsvoorbehoud Serick 1976, p. 190-191, Soergel/Henssler 2002, Anh. zu § 929 BGB, Rn. 124 en Rn. 130, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 379, Bülow 2012, p. 535-536 en p. 550, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 142, MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 86, MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 28-30 en Staudinger/Wiegand 2017, § 950 BGB, Rn. 50. Minder juist: MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 140 waar te lezen valt dat een *anfängliche Übersicherung* zich bij een verlengd eigendomsvoorbehoud niet kan voordoen.

koopprijsvordering.²³⁸ Bij een *Verarbeitungsklausel* betekent dit dat de verkoper slechts bedingt dat hij bij zaaksvorming mede-eigenaar wordt van de nieuw gevormde zaak, waarbij het aandeel van de verkoper correspondeert met de waarde van de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen in verhouding tot de waarde van de nieuw gevormde zaak. Bij een *Vorausabtretungsklausel* wordt de vordering slechts partieel gecedeerd, namelijk slechts voor dat deel van de vordering dat correspondeert met de oorspronkelijke koopprijs.

Aldus wordt bewerkstelligd dat de verkoper geen aanspraak kan maken op de gehele (waarde van) de zaak of doorverkoopvordering, maar slechts op het gedeelte dat nodig is om zijn koopprijsvordering te voldoen. Het surplus, dat in de regel ontstaat omdat de doorverkoop of zaaksvorming gewoonlijk een waardestijging tot gevolg heeft, komt daarmee toe aan de koper, hetgeen wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat hij de waardestijging door zijn bedrijfsactiviteiten heeft bewerkstelligd.²³⁹

3.6.3 *Het conflict met de kredietverschaffende bank*

De verlenging van het eigendomsvoorbehoud leidt dikwijls tot conflicten tussen de verkoper en de kredietverschaffende bank. De kredietverschaffende bank pleegt zekerheid te bedingen op alle bestaande en toekomstige goederen van de kredietnemer, waaronder de doorverkoopvorderingen en de nieuw gevormde zaken. Terwijl het eenvoudig eigendomsvoorbehoud verkoper zonder meer beschermt tegen aanspraken van de kredietverschaffende bank, omdat de zaak nog niet tot het vermogen van de koper gaat behoren, geldt dat niet voor het verlengd eigendomsvoorbehoud. Aangezien de verkoper en de bank beide een zekerheidsrecht wensen te verkrijgen op een tot het vermogen van de koper behorend goed, beslissen hier in beginsel de algemene voorrangs- en prioriteitsregels.

Zoals hiervoor aan de orde kwam, komt men in de hier onderzochte rechtsstelsels bij de verlenging van het eigendomsvoorbehoud op nieuw gevormde zaken desalniettemin steeds tot een voorrang van de verkoper. Deze voorrang wordt bewerkstelligd doordat aangenomen wordt dat het voorrangspositie van de verkoper zich (al dan niet in andere vorm) van rechtswege uitstrekt tot de nieuw gevormde zaak of door (een aandeel in) de eigendom van de nieuw gevormde zaak van rechtswege toe te kennen aan de verkoper. Aldus is gewaarborgd dat de

²³⁸ Serick 1976, p. 191, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 487, Bülow 2012, p. 535 en p. 550-551, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 147, Gottwald/Adolphsen 2015, § 43, Rn. 40-41 en Rn. 45, MünchKomm-BGB/Roth & Kieninger 2016, § 398 BGB, Rn. 135-137, MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 29. Een dergelijke deelcessie is mogelijk en voldoende bepaalbaar. Zie uit de rechtspraak o.m. BGH 23 oktober 1963, *NJW* 1964, 149, BGH 24 april 1968, *NJW* 1968, 1516 en BGH 20 november 1980, *NJW* 1981, 816. Indien partijen zich bij de verlenging beperken tot de waarde van de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak, zal uitleg in de regel met zich brengen dat de doorverkoopvordering voor de verkoper tot zekerheid dient ter hoogte van de koopprijsvordering, aldus het BGH in de hiervoor genoemde rechtspraak. Zie ook Serick 1976, p. 301-302, daarentegen afwijzend in geval van zaaksvorming op p. 201-206. Indien de verlenging tot de volledige eigendom van een nieuw gevormde zaak wegens *Übersicherung* nietig is, kan de verlenging worden geconverteerd (§ 140 BGB) naar een aanspraak op een aandeel in de mede-eigendom. Zie Soergel/Henssler 2002, § 950 BGB, Rn. 22, Bülow 2012, p. 617 en MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 29. Vgl. ook Serick 1976, p. 230-250.

²³⁹ Zie bijv. Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 158: 'Hierfür spricht etwa der Umstand, dass die Ware durch Verarbeitung an Wert gewinnt.' Vgl. ook Soergel/Henssler 2002, § 950 BGB, Rn. 26.

voorrang van de verkoper met betrekking tot de verkochte zaak ook gehandhaafd is met betrekking tot de zaak die uit de verkochte zaak is ontstaan. Met betrekking tot de vordering die de koper verkrijgt door de doorverkoop van de verkochte zaak, komen de verschillende rechtsstelsels echter tot uiteenlopende resultaten.

Het Duitse recht heeft via rechterlijk ingrijpen bereikt dat de aanspraken van de verkoper met betrekking tot de doorverkoopvordering voorgaan boven aanspraken van de kredietverschaffende bank. De verlenging van het eigendomsvoorbehoud geschiedt doordat de verkoper de toekomstige doorverkoopvordering bij voorbaat aan zich laat cederen door een *Vorausabtretungsklausel*. De kredietverschaffende bank pleegt door middel van een *Globalzession* alle bestaande en toekomstige vorderingen die de koper zal verkrijgen tot zekerheid aan zich te laten cederen. Op grond van de prioriteitsregel, die het Duitse recht ook op de cessie bij voorbaat toepast, sorteert uitsluitend de eerste cessie bij voorbaat effect. Daarmee zou de cessie aan de bank vrijwel altijd voorgaan, omdat de bank veelal eerder bij de bedrijfsactiviteiten van de koper is betrokken, doordat het aan het begin een bancaire krediet verschaft, tot terugbetaling waarvan alle bestaande en toekomstige vorderingen tot zekerheid worden gecedeerd. Dit zou tot gevolg hebben dat de verlenging van het eigendomsvoorbehoud vrijwel in alle gevallen geen effect zou sorteren.²⁴⁰ Sinds 1959 past het BGH op de botsing tussen de cessie aan de bank en de verkoper echter de zogenoemde *Vertragsbruchlehre* toe, als gevolg waarvan per saldo voorrang wordt verleend aan de latere cessie aan de verkoper, die daardoor de doorverkoopvordering als surrogaatzekerheid verkrijgt.²⁴¹

Volgens het BGH is de cessie bij voorbaat aan de bank namelijk in strijd met de goede zeden en de wet indien de cessie ertoe leidt dat de koper zijn verplichtingen uit een later verlengd eigendomsvoorbehoud niet kan nakomen. Indien de koper namelijk zaken onder verlengd eigendomsvoorbehoud aanschaff, zal hij de verkoper noodzakelijkerwijs moeten misleiden, omdat hij vanwege de eerdere cessie aan de bank niet in staat is het verlengd eigendomsvoorbehoud, waarmee hij heeft ingestemd, na te komen. De koper is, aldus het BGH, genoodzaakt jegens de verkoper ‘grobe Vertragsverletzungen, möglicherweise sogar strafbare Handlungen (Betrug, Unterschlagung, Untreue) [zu] begehen.’²⁴² Indien de koper slechts zaken onder verlengd eigendomsvoorbehoud kan betrekken, ‘dwingt’ de eerdere cessie aan de bank de koper tot wanprestatie jegens de verkoper, omdat hij zijn verplichtingen uit het verlengd eigendomsvoorbehoud – cessie van de vordering aan de verkoper – niet meer kan nakomen. Indien de bank weet dat de koper in de regel slechts zaken onder verlengd eigendomsvoorbehoud kan verwerven, is de eerdere cessie bij voorbaat aan de bank ongeldig, indien de frustratie van de

240 Dempewolf 1956, p. 851, Erman 1960, p. 6 en p. 8-9, Finger 1970, p. 643, Beuthien 1971, p. 376, H. Kaduk, ‘Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession als konkurrierende Gläubigerrechte’, in: G. Paulus, U. Diederichsen & C.-W. Canaris (red.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1973, p. 695, Picker 1988, p. 377, Baur/Baur & Stürner 2009, p. 854 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 166.

241 Zie BGH 30 april 1959, *NJW* 1959, 1533. De geestelijk vader van de *Vertragsbruchlehre* is Werner Flume, die deze theorie ontvouwd in een baanbrekend artikel uit 1950. Zie Flume 1950, p. 841-850, nader aangevuld en verdedigd in Flume 1955, p. 560-566 en Flume 1959, p. 913-922.

242 BGH 30 april 1959, *NJW* 1959, 1533 op p. 1536.

belangen van de verkoper niet anderszins wordt vermeden.²⁴³ In zijn latere rechtspraak heeft het BGH deze *Vertragsbruchlehre* veelvuldig bevestigd en verduidelijkt.²⁴⁴ Terwijl de strijdigheid met de goede zeden oorspronkelijk slechts werd aangenomen indien de bank weet dat de koper alleen zaken onder verlengd eigendomsvoorbehoud kan betrekken, neemt het BGH in latere uitspraken ook strijd met de goede zeden aan indien het verlengd eigendomsvoorbehoud in de desbetreffende branche geen ongebruikelijk beding is.²⁴⁵

Hoewel de voorrang van de verkoper door het BGH wordt bereikt door een juridisch-technische argumentatie (namelijk toepassing van de *Vertragsbruchlehre*), is deze voorrang ingegeven door de rechtspolitieke wens om het leverancierskrediet te privilegiëren boven het bancaire krediet.²⁴⁶ Daaraan ligt de hiervoor reeds besproken gedachte ten grondslag dat de waarde van de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak besloten ligt in de doorverkoopvordering. Kernachtig komt deze ratio van de *Vertragsbruchlehre* tot uitdrukking in een uitspraak van het BGH uit 2004, waarin hij de *ratio decidendi* van zijn eigen rechtspraak als volgt samenvat.²⁴⁷ De verlenging van het eigendomsvoorbehoud strekt ertoe dat de verkoper de doorverkoopvordering verkrijgt als surrogaatzekerheid voor de verkochte zaak, omdat hij deze zaak door de doorverkoop verliest. De verlenging strekt ertoe ‘den in seiner Sache verkörperten Wert weiter zu sichern, und zwar über den zum Verlust seines Eigentums führenden Verwertungsakt hinaus.’ Van belang is daarbij volgens het BGH dat het verlengd eigendomsvoorbehoud beperkt is tot de concrete vordering die de waarde van de zaak belichaamt, terwijl dit aspect bij een *Globalzession* ten gunste van de bank ontbreekt. In dat geval wordt generiek een groot aantal willekeurige vorderingen gecedeerd, zonder dat er een ‘direkter Zusammenhang zwischen der Leistung des Sicherungsnehmers und den sicherungshalber übertragenen Forderungen des Sicherungsgebers besteht.’ Het verlengd eigendomsvoorbehoud heeft ten doel te voorkomen dat de verkoper zijn eigendom verliest en ook geen vervangende zekerheid verkrijgt.

243 De enige wijze waarop de ongeldigheid kan worden voorkomen is door een *dingliche Teilverzichtsklausel* op te nemen in de kredietdocumentatie, waarmee vorderingen waarop later een verlengd eigendomsvoorbehoud betrekking kan hebben, slechts gecedeerd worden zodra het verlengd eigendomsvoorbehoud is afgewikkeld. Zie voor een voorbeeld M. Hoffmann-Becking & P. Rawert, *Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht*, München: C.H. Beck 2016, III.H.3. Globalzession, § 4.

244 Zie BGH 2 februari 1960, *NJW* 1960, 1003, BGH 9 juni 1960, *NJW* 1960, 1716, BGH 30 oktober 1961, VII ZR 157/60, BGH 24 april 1968, *NJW* 1968, 1516, BGH 6 november 1968, *NJW* 1969, 318, BGH 12 juni 1969, VII ZR 13/67, BGH 26 mei 1970, VI ZR 48/69, BGH 12 november 1970, *NJW* 1971, 372, BGH 7 maart 1974, *NJW* 1974, 942, BGH 9 november 1978, *NJW* 1979, 365, BGH 9 november 1978, *NJW* 1979, 371, BGH 13 juli 1983, *NJW* 1983, 2502, BGH 8 oktober 1986, *NJW* 1987, 487, BGH 18 april 1991, *NJW* 1991, 2144, BGH 16 maart 1995, *NJW* 1995, 1668, BGH 8 december 1998, *NJW* 1999, 940, BGH 21 april 1999, *NJW* 1999, 2588, BGH 14 juli 2004, *NJW* 2005, 1192.

245 Zie het meest expliciet BGH 8 december 1998, *NJW* 1999, 940. Reeds in die richting BGH 6 november 1968, *NJW* 1969, 318 en BGH 12 november 1970, *NJW* 1971, 372. Zie over het terugdringen van de eisen die aan het aannemen van onzedelijkheid werden gesteld o.m. Finger 1970, p. 643, R. Nirk, ‘Interessenwiderstreit der Waren- und Geldkreditgeber’, *NJW* 1971, p. 1914-1915, P. Schwerdtner, ‘Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt’, *NJW* 1974, p. 1785, Lambsdorff & Skora 1977, p. 701 en Franke 1978, p. 373.

246 Volgens sommigen is deze rechtspolitieke voorkeur voor het leverancierskrediet ingegeven door specifieke economische ontwikkelingen in de eerste naoorlogse jaren in West-Duitsland. Tot enige tijd na de geldhervorming in 1948, waarbij de D-Mark werd geïntroduceerd, was er slechts beperkt bancaire krediet beschikbaar voor het midden- en kleinbedrijf, waardoor leveranciers praktisch de rol van de banken hadden overgenomen. In deze zin Brinkmann 2011, p. 207-208 met verdere verwijzingen. Zie t.a.v. het verband tussen verlengd eigendomsvoorbehoud en de naoorlogse situatie Mückenberger 1958, p. 1755 en Fischer 1959, p. 366. Vgl. ook Flume 1959, p. 914.

247 BGH 14 juli 2004, *NJW* 2005, 1192.

Daardoor zou hij een ‘endgültigen Substanzverlust’ lijden. Gelet op deze aspecten is volgens het BGH sprake van een ‘besonderes Schutzbedürfnis’ van de verkoper, die ook zijn weerslag heeft op de positie van de koper. Als de koper verzwijgt dat hij reeds eerder vorderingen aan een bank heeft gecedeerd, pleegt hij wanprestatie jegens de verkoper, omdat hij zijn eigendom en de daarin belichaamde waarde in gevaar brengt en teniet doet gaan. Doet hij mededeling van de eerdere cessie aan de bank, dan bestaat de kans dat de verkoper (en eventueel ook andere leveranciers) hem in de toekomst geen zaken meer wil leveren met de bevoegdheid tot doorverkoop, hetgeen tot gevolg heeft dat de koper ‘sein für ihn notwendiges wirtschaftliches Betätigungsfeld einbüßt.’ Door dit conflict bevindt de koper zich derhalve in een *Zwangslage*, die het gevolg is van de bijzondere behoefte aan bescherming van de voorbehoudsverkoper en de daaruit voortvloeiende plichten en getrouwheid van de koper jegens de verkoper. Om die reden, aldus nog altijd het BGH, vergt de rechtspraak van een eerdere cessionaris dat hij rekening houdt met deze dwangpositie van de kredietnemer-koper.

In het algemeen heeft de gedachte dat de verkoper bijzondere bescherming verdient omdat de waarde van de verkochte zaak besloten ligt in de doorverkoopvordering, ook ingang gevonden in de Duitse literatuur.²⁴⁸ Deze waardegedachte komt pregnant tot uitdrukking in een tweetal alternatieve verklaringen voor de voorrangpositie van de verkoper, die in de literatuur zijn ontwikkeld. Het gaat daarbij om de zogenoemde waardetheorie en de splitsingstheorie. Aan de waardetheorie ligt de *Surrogationsgedanke* ten grondslag, die inhoudt dat de doorverkoopvordering in economisch opzicht is te beschouwen als het surrogaat van de verkochte zaak. Hoewel geen sprake is van zaaksvervanging (*dingliche Surrogation*), benadrukt deze theorie dat sprake is van een waardevervanging in

248 Volgens sommigen omdat dit resultaat zou overeenstemmen met een diepgewortelde recht(vaardigheids) overtuiging (zo bijv. Picker 1988, p. 379), volgens anderen ogenschijnlijk meer als voldongen feit. In de moderne(re) literatuur is daadwerkelijke kritiek op deze voorrangpositie nauwelijks te vinden. Een uitzondering is Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 854-855. Voor daadwerkelijke kritiek moet men flink terug in de tijd. Zie bijv. E. von Caemmerer, ‘Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof’, *JZ* 1953, p. 97-100 en Westermann 1954. De bestempeling van de problematiek als ‘heftig umstritten’ door Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 165 lijkt mij daarmee te sterk. Voorheen werd nog wel betoogd dat er voor het verlengd eigendomsvoorbehoud in het geheel geen plaats zou zijn, omdat kredietverstrekking een taak van banken is. Zie bijv. W. Barkhausen, ‘Die Unwirksamkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts’, *NJW* 1949, p. 847, Mückenberger 1958, p. 1755, Fischer 1959, p. 366 en het meest potsierlijk R.M. Schmitt, ‘Um die Globalzession’, *ZfGK* 1968, p. 668: ‘[Z]ur Finanzierung hat der liebe Gott den Bankier erschaffen.’ Zie ook kritisch over het verlengd eigendomsvoorbehoud Brinkmann 2011, p. 208, die meent dat als er maar voldoende bankkrediet beschikbaar is, de koper niet aangewezen is op het leverancierskrediet (zie in dat verband ook voetnoot 246). Daartegen Flume 1950 p. 842-843 die erop wijst dat de doorverkoop net zozeer als de oorspronkelijke zaak is gefinancierd door de verkoper en dat de aanspraken van de bank op die vordering een schadelijke vorm van *Doppelkreditierung* is en ook Flume 1959, p. 914 waarin hij erop wijst dat het verlengd eigendomsvoorbehoud onderdeel van het rechtsleven is geworden en er geen grond is om aan het verlengd eigendomsvoorbehoud werking te onttrekken omdat anderen beter tot kredietverlening in staat zouden zijn. Vgl. ook Flume 1955, p. 564-565. Zie ook Lambsdorff & Skora 1977, p. 703 die aanvoeren dat het probleem niet verdwenen zal zijn indien er maar voldoende bancaire krediet beschikbaar is, omdat er ook dan de mogelijkheid bestaat dat een klant niettemin leverancierskrediet wil gebruiken.

economische zin.²⁴⁹ De voorrang van de verkoper wordt in deze benadering gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de verkoper vanwege de duidelijke band tussen doorverkoopvordering en oorspronkelijke zaak meer aanspraak zou kunnen maken op de doorverkoopvordering.²⁵⁰ Hoewel het BGH deze theorie reeds in 1959 heeft verworpen omdat toepassing van het zaaksvervangingsleerstuk beperkt is tot in de wet genoemde gevallen,²⁵¹ komen deze argumenten, zoals hierboven aan de orde kwam, wel duidelijk terug in de rechtspraak van het BGH. Auteurs die deze theorie verdedigen, wijzen op het centrale beginsel dat de waarde dient toe te komen aan degene wiens zaak wordt vervreemd.²⁵² De voorrang van de verkoper wordt in deze benadering niet zozeer gebaseerd op de strijdigheid van de cessie aan de bank met de goede zeden, maar op de omstandigheid dat de waardegedachte leidt tot een noodzakelijke prioritering van de belangen van de verkoper:

‘Der Unternehmenskreditgeber finanziert das Unternehmen, sein Beitrag ermöglicht das Unternehmensergebnis. Der Warenkreditgeber finanziert die Einzellieferung, sein Beitrag ergibt die Weiterveräußerungsforderung aus dem von ihm ermöglichten Einzelgeschäft. Da das dem Unternehmenskreditgeber zuzurechnende Gesamtergebnis der Saldo, das Residuum aus den Ergebnissen aller Einzelgeschäfte des Unternehmens ist, geht die Abwicklung der Einzelgeschäfte einschließlich der Zurechnung der Einzelgeschäftsforderung an den das Geschäft finanzierenden Warenkreditgeber der Berücksichtigung des Beitrags des Unternehmensfinanziers vor.’²⁵³

De voorrangpositie van de verkoper is daarmee een gevolg van de allocatie van de doorverkoopvordering aan de hand van het waarde criterium.

De splitsingstheorie knoopt evenzeer aan bij de waarde die de vordering uit doorverkoop belichaamt, maar kiest voor een meer gedifferentieerde benadering. Volgens de auteurs die deze theorie verdedigen is namelijk zowel toepassing van de prioriteitsregel als toepassing van de *Vertragsbruchlehre* te absoluut. In het eerste geval verkrijgt de bank een absolute voorrang, terwijl dat in het tweede

249 W. Schwister, ‘Zur Reform der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts’, *JW* 1938, p. 1960, Flume 1950, p. 842, Neubeck 1959, p. 581-582, Hees 1955, p. 525, Franke 1978, p. 375. Vgl. ook Rühl 1930, p. 41-43. Uit de rechtspraak in deze richting OLG Celle 18 januari 1952, *NJW* 1952, 306. Daartegen o.m.: Westermann 1954, p. 15-16 die opmerkt dat het inderdaad functioneel om een ‘Wertzuordnung mit den Mitteln der Surrogation ist, wenn sie auch rechtstechnisch als Verfügung auftritt’, maar dat het BGB alleen de allocatie van zaken kent, en niet de allocatie van waarden. Vgl. ook in die richting H.-G. Eichhorn, ‘Zur Konkurrenz des verlängerten Eigentumsvorbehalts der Warenkreditgläubiger mit der Sicherungszession der Geldkreditgläubiger’, *DB* 1954, p. 532-533, R. Capeller, ‘Die doppelte Sicherungszession an den Waren- und den Geldkreditgeber’, *MDR* 1956, p. 138 en Dempewolf 1956, p. 851. Daartegen o.m. Flume 1955, p. 561 en Brinkmann 2011, p. 206, voetnoot 565 die erop wijzen dat het juist op de allocatie van waarden gaat. Recent is ook voor deze *Surrogationsgedanke* gepleit door MünchKomm-BGB/Roth & Kieninger 2016, § 398 BGB, Rn. 154.

250 Flume 1950, p. 842-843, Lange 1950, p. 566, Flume 1955, p. 561, K. Schmidt, ‘Factoring-Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt’, *DB* 1977, p. 68-69 en Franke 1978, p. 375.

251 BGH 30 april 1959, *NJW* 1959, 1533: ‘Der Surrogationsgrundsatz ist in geltenden Recht auf bestimmte Fallgestaltungen beschränkt, zu denen die vorl. nicht gehört.’

252 Picker 1988, p. 379-380. Hij wijst daarbij – net als Wilhelm 2010, p. 960 – op § 48 InsO en § 392 II HGB. Eerstgenoemd artikel bepaalt kort gezegd dat de (oorspronkelijke) rechthebbende van een goed, indien een goed onbevoegd is vervreemd door de schuldenaar (voor faillissement) of curator (na faillissement), aanspraak kan maken op de vordering die de tegenprestatie vormt voor de onbevoegdelijke vervreemding of, indien de vordering al is voldaan, op de opbrengst, door deze te separeren uit de faillissementsboedel, voor zover deze daarin individualiseerbaar voorhanden is. § 392 II HGB bepaalt dat de vorderingen van een commissionair in de verhouding tussen committent enerzijds en de commissionair en diens schuldeisers anderzijds aan eerstgenoemde toebehoren.

253 Wilhelm 2010, p. 960.

geval voor de verkoper geldt. De splitsingstheorie legt de nadruk op het feit dat zowel de verkoper als ook de kredietverschaffende bank een bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van de doorverkoopvordering.²⁵⁴ De auteurs die deze theorie verdedigen bewandelen de middenweg en pleiten voor een splitsing van de vordering uit doorverkoop, omdat zowel waarde van het leverancierskrediet als geldkrediet wordt belichaamd door de doorverkoopvordering.²⁵⁵ Aldus kunnen beide financiers aanspraak maken op het deel van de vordering dat overeenstemt met datgene 'was von der einzelnen Seite an Wert wirklich in die Forderung eingeflossen ist.'²⁵⁶ Moeizaam aan deze benadering is dat niet op eenvoudige wijze is vast te stellen aan de hand van welke verdeelsleutel de opsplitsing zou moeten plaatsvinden. Door sommigen wordt voorgesteld dat de splitsing aldus dient te geschieden dat de verkoper aanspraak kan maken op dat deel van de vordering dat de waarde belichaamt van de door hem verschaft prestatie en het overschot vervolgens toekomt aan de bank.²⁵⁷ Anderen stellen voor dat de bank en leverancier aanspraak kunnen maken op dat deel van de vordering dat de waarde belichaamt van de door hen verschaft prestaties. Indien ook eigenkapitaal is gebruikt, zou een daarmee overeenstemmend deel gereserveerd dienen te blijven voor de concurrente schuldeisers.²⁵⁸ Weer anderen opperen een splitsing waarbij als verdeelsleutel de hoogte van het verschaft krediet wordt gehanteerd.²⁵⁹ Het BGH heeft ook de splitsingstheorie in 1960 al verworpen, omdat daarvoor geen steun in de wet is te vinden en de wil van partijen gericht is op verkrijging van de gehele vordering.²⁶⁰ Bovendien is volgens hem onduidelijk aan de hand van welke criteria de splitsing zou moeten plaatsvinden, zodat niet voldaan is aan het bepaalbaarheidsvereiste. Uiteindelijk bereikt de praktijk soms alsnog wel degelijk een met de splitsingstheorie vergelijkbaar resultaat. Zoals hiervoor aan de orde kwam, beperkt de verkoper het verlengd eigendomsvoorbehoud veelal tot een deelcессie ter hoogte van de koopprijs teneinde te voorkomen dat de verlenging geen effect zou sorteren omdat zij zou leiden tot een oververzekering van de verkoper.²⁶¹

Het Oostenrijkse recht kent de verkoper geen prioritaire aanspraak toe met betrekking tot de doorverkoopvordering. Hoewel in de Oostenrijkse literatuur wel gepleit is voor de aanvaarding van de Duitse *Vertragsbruchlehre*, laat een dergelijk resultaat zich niet eenvoudig inpassen in het Oostenrijkse recht, dat nadere

254 Vgl. ook BGH 30 april 1959, *NJW* 1959, 1533 op p. 1536: 'Die Annahme, der Warenlieferant stehe der Forderung gegen den Abkäufer näher, würde, selbst wenn er richtig wäre, keine rechtlichen Folgerungen zulassen; sie ist im übrigen auch abzulehnen, weil die Verarbeitung und der Umsatz der eingekauften Ware regelmäßig nicht minder durch den Geldkredit der Bank als durch den Warenkredit des Lieferanten ermöglicht werden.'

255 Erman 1959, p. 1109-1113, Erman 1960, p. 12-17, K.O. Scherner, 'Globalzession, verlängerter Eigentumsvorbehalt und vertikale Forderungsaufteilung', *BB* 1968, p. 1267-1271.

256 Erman 1959, p. 1111. Vgl. ook Flume 1950, p. 846-457, Flume 1959, p. 917-918 en Franke 1978, p. 373-376. Vgl. ook de voorstellen van de 51ste Duitse Juristendag. Zie voetnoot 235-236.

257 J. Esser, 'Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt', *JZ* 1968, p. 283-285 en K.O. Scherner, 'Globalzession, verlängerter Eigentumsvorbehalt und vertikale Forderungsaufteilung', *BB* 1968, p. 1270. Vgl. ook Finger 1970, p. 644-465.

258 Erman 1959, p. 1112.

259 Beuthien 1971, p. 377-381. Vgl. ook in deze richting recenter A. Neef, 'Zur Kollision von Vorauszessionen', *WM* 2005, p. 2369-2371, R. Freitag & S. Freitag, 'Globalzession und Gesamtrechtsnachfolge', *ZHR* 2008, p. 351-357 en MünchKomm-BGB/Roth 2012, § 398 BGB, Rn. 159-163.

260 BGH 9 juni 1960, *NJW* 1960, 1716, in aansluiting op R. Serick, 'Probleme bei mehrfacher Abtretung künftiger Forderungen', *BB* 1960, p. 146.

261 Zie hiervoor in paragraaf 3.6.2.

publiciteitseisen stelt aan de totstandkoming van de zekerheidscessie. Hoewel hierover geen rechtspraak voorhanden is, neemt een meerderheid in de Oostenrijkse literatuur dan ook aan dat de cessie ten aanzien waarvan als eerste aan de publiciteitseisen is voldaan effect sorteert en de prioriteitsregel derhalve beslissend is.²⁶²

Onder de gelding van de UCC hangt de voorrangsvraag af van het type goed dat wordt vervreemd. In beginsel kiest de UCC voor de benadering waarbij het zekerheidsrecht van de aanschaffancier en de daarbij horende supervoorrang zich uitstrekken tot de *proceeds* van de verkochte zaak. Dergelijke *proceeds* worden in § 9-102(a)(64)(A) UCC gedefinieerd als ‘whatever is acquired upon the sale, lease, license, exchange, or other disposition of collateral.’ In het bijzonder moet een onderscheid worden gemaakt tussen zaken die hebben te gelden als *inventory* en zaken waarvoor dat niet geldt. Van belang is dat onder de definitie van *inventory* op grond van § 9-102(a)(48) UCC onder meer zaken worden begrepen die bestemd zijn om te worden doorverkocht. De vraag of de verkoper of de bank aanspraak kan maken op de *proceeds* zal zich dan ook met name voordoen bij dat type zaken. Met betrekking tot zaken die niet vallen onder de definitie van *inventory* geldt dat het zekerheidsrecht van de aanschaffancier zich met de supervoorrang uitstrekt tot de *proceeds* (§ 9-324(a) UCC).

Zoals gezegd, zal de vraag of het zekerheidsrecht zich met de supervoorrang uitstrekt tot doorverkoopvordering zich veelal echter voordoen bij *inventory*. Daarvoor geldt een genuanceerd stelsel, dat afhangt van het type *proceeds*. Indien de *inventory* wordt doorverkocht en de koopprijs door de afnemer wordt betaald voor of op de dag dat de zaak aan hem wordt afgeleverd (verkoop à contant), strekt de supervoorrang van de aanschaffancier zich ook uit tot deze *identifiable cash proceeds* (§ 9-324(b) UCC). Zij kunnen bovendien worden getraceerd indien ze zijn bijgeschreven op de bankrekening van de debiteur.²⁶³ Indien de *inventory* wordt doorverkocht op krediet en de wederverkoper daarbij een zekerheidsrecht bedingt tot zekerheid van de betaling van de koopprijs door de afnemer, dan kwalificeert dit geheel (de vordering van de doorverkoper en het daarbij horende zekerheidsrecht) als een ‘record that evidences both a monetary

262 Zie met verdere verwijzingen C. Czermak, ‘Zwei Rechtsfragen des Factoring’, *JBl.* 1984, p. 413-417, Klang/Thöni 2011, § 1392 ABGB, Rn. 109-110 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 64.

263 Wanneer de *cash proceeds* vermengd raken door bijschrijving op de bankrekening, kan aan de hand van de *lowest intermediate balance rule* worden vastgesteld welk deel van het saldo is te beschouwen als *proceeds* van de gefinancierde zaak. De aanspraak van de aanschaffancier kan dan geldend worden gemaakt ter hoogte van het laagste tussentijdse saldo. Dat betekent onder meer dat afschrijvingen die plaatsvinden na bijschrijving van de *cash proceeds* eerst worden beschouwd als afschrijvingen die niet ten koste gaan van de *cash proceeds*. Pas indien het gedeelte van het saldo dat niet bestaat uit *cash proceeds* volledig is uitgeput, gaan verdere afschrijvingen ten koste van de *cash proceeds*. Vinden nadien weer bijschrijvingen plaats, dan herleeft de aanspraak ten aanzien van de *cash proceeds* in beginsel niet. Zie hierover onder meer § 9-315 UCC en *UCC Official Comment*, §9-315, nr. 3. Zie over de *lowest intermediate balance*-regel uitgebreid R. H. Skilton, ‘The Secured Party’s Rights in a Debtor’s Bank Account Under Article 9 of the Uniform Commercial Code’, *Southern Illinois University Law Journal* 1977, p. 140-141, W.H. Henning, ‘Article Nine’s Treatment of Commingled Cash Proceeds in Non-Insolvency Cases’, *Arkansas Law Review* 1981, p. 191-246, i.h.b. p. 228-231 en Lacy 1990, p. 341-347. Dikwijls zal deze mogelijkheid tot *tracing* op de bankrekening evenwel van weinig waarde zijn, aangezien een zekerheidsrecht op de bankrekening van de debiteur van de bank bij wie de debiteur zijn bankrekening aanhoudt, een hogere rang heeft dan de supervoorrang van de aanschaffancier, omdat de bank *control* heeft m.b.t. de *deposit account*. Zie § 9-327 UCC (jo. § 9-324(a) en (b) UCC).

obligation and a security interest in specific goods', hetgeen valt onder de definitie van *chattel paper* (§ 9-102(a)(11) UCC). Het zekerheidsrecht van de aanschafffinancier strekt zich met dezelfde supervoorrang uit tot een dergelijk *chattel paper*.²⁶⁴

Indien de *inventory* op krediet wordt doorverkocht en daarbij geen zekerheidsrecht wordt voorbehouden, komt de doorverkoopvordering (*account*; zie voor de definitie § 9-102(a)(2) UCC) in beeld als *proceeds* van de gefinancierde zaak. Lange tijd bestond er grote onduidelijkheid over de vraag of de supervoorrang van de aanschafffinancier zich ook uitstrekt tot dergelijke doorverkoopvorderingen, omdat tekst noch toelichting van de UCC daarover duidelijkheid verschaft.²⁶⁵ De discussie in de literatuur spitste zich toe op het belangenconflict tussen de (aanschaf)financier van *inventory* en de financier van de vorderingen, zoals een factormaatschappij. Indien de (super)voorrang van de (aanschaf)financier van *inventory* geen betrekking zou hebben op de doorverkoopvorderingen, zou het zekerheidsrecht van deze financier voor een groot deel illusoir zijn, aangezien dergelijke zaken bestemd zijn om te worden doorverkocht. Indien daarentegen het zekerheidsrecht van de *accounts financier* een lagere rang zou hebben dan het zekerheidsrecht van de *inventory financier*, zou dit de financiering op basis van vorderingen grotendeels uithollen, omdat deze vorderingen de financier van vorderingen een stuk minder zekerheid zouden bieden.²⁶⁶

Bij de herziening van de UCC in 1972 is gekozen voor de oplossing waarbij de supervoorrang van de aanschafffinancier van *inventory* zich niet uitstrekt tot de *accounts*.²⁶⁷ Deze beperking van de supervoorrang van de aanschafffinancier van *inventory* wordt onderbouwd met het argument dat de financiering van vorderingen, in het bijzonder alle vormen van factoring, voor de economie en het bedrijfsleven een belangrijkere vorm van financiering is dan de financiering van *inventory*.²⁶⁸ Bovendien correspondeert dit resultaat volgens de officiële toelichting in de regel met de verwachtingen van partijen:

'Many parties financing inventory are quite content to protect their first-priority security interest in the inventory itself. They realize that when the inventory is sold, someone else will be financing the resulting receivables (accounts or chattel paper), and the priority for inventory will not run forward to the receivables constituting the proceeds. Indeed, the cash supplied by the receivables financier often will be used to pay the inventory financing.'²⁶⁹

264 Zie § 9-324(a) en (b) UCC jo. § 9-330(e) UCC. Zie ook *UCC Official Comment*, §9-324, nr. 8 en de uitzonderingen genoemd in § 9-330(a) en (b) UCC.

265 Gilmore 1965, p. 791 e.v., R.D. Henson, "Proceeds" Under the Uniform Commercial Code', *Columbia Law Review* 1965, p. 240, Weiss 1967, p. 786-788 en Lacy 1990, p. 361 en p. 433 e.v.

266 Weiss 1967, p. 788-789 en Lacy 1990, p. 433-437.

267 Zie het rapport van de Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code: *Final Report of Review Committee for Article 9 of the Uniform Commercial Code*, Philadelphia: Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code 1971, p. 31-32 en de hierna genoemde literatuur. Zie voor een spitsvondige maar kansloze poging tot omzeiling van dit resultaat *Mbank Alamo National Association v. Raytheon Co.*, 886 F.2d 1449 (1989), waarin Raytheon betoogde dat de door hem gefinancierde machine het de schuldenaar mogelijk maakte vorderingen op diens afnemers te verwerven, waardoor Raytheon de 'aanschaf' van die vorderingen financierde, hetgeen zou kwalificeren als een *purchase money security interest*.

268 Coogan & Gordon 1963, p. 1567, Gilmore 1965, p. 797, H. Kripke, 'Suggestions For Clarifying Article 9: Intangibles, Proceeds, and Priorities', *New York University Law Review* 1966, p. 716-717, Weiss 1967, p. 793-794, 'Preliminary Report No. 2 of the Review Committee on Article 9 of the Uniform Commercial Code', *The Business Lawyer* 1970, p. 1093, 'A Second Look at the Amendments to Article 9 of the Uniform Commercial Code', *The Business Lawyer* 1974, p. 1002-1003 en Lacy 1990, p. 437 en p. 442.

269 *UCC Official Comment*, §9-324, nr. 8. Zie ook White & Summers 2012, p. 1290-1291.

Met betrekking tot *accounts* bepaalt derhalve de *first-to-file-rule* (§ 9-322 UCC) de rang van de verschillende zekerheidsrechten. Anders dan ten aanzien van zekerheidsrechten op de oorspronkelijke zaak zelf, wordt daarop geen uitzondering gemaakt voor de aanschaffancier die aanspraak maakt op deze *accounts* als *proceeds* van een zaak waarop hij een zekerheidsrecht met supervoorrang had.

Deze oplossing is om meerdere redenen bedenkelijk. Zij is toegespitst op het conflict tussen de (aanschaf)financier van *inventory* en de financier van vorderingen, die de financiering specifiek afstemt op het vorderingenbestand en nieuw krediet beschikbaar stelt zodra nieuwe vorderingen worden verworven.²⁷⁰ Het gaat derhalve om factormaatschappijen. Zoals uit de toelichting blijkt, ligt aan de oplossing de gedachte ten grondslag dat de financier van de *inventory* wordt voldaan door middel van de middelen die de factormaatschappij ter beschikking stelt. De gekozen oplossing heeft evenwel ook betrekking op het conflict tussen de aanschaffancier van de *inventory* en de (bancaire) kredietverschaffer die de gehele bedrijfsactiviteiten van de wederverkoper financiert en een generiek zekerheidsrecht heeft bedongen op alle bestaande en toekomstige goederen.²⁷¹ Daarvoor bestaat geen goede rechtvaardiging. Zoals hiervoor aan de orde kwam, ligt aan de *superpriority* van de aanschaffancier onder meer de gedachte ten grondslag dat hiermee de monopoliepositie van de eerdere financier die een generiek zekerheidsrecht heeft bedongen, kan worden doorbroken. Als gevolg van de bij de herziening gekozen oplossing, doet zich het merkwaardige resultaat voor dat de eerdere bancaire kredietverschaffer met betrekking tot de *inventory* een lagere rang heeft dan de aanschaffancier, maar met betrekking tot de *accounts* die de *proceeds* vormen van diezelfde *inventory* een hogere rang heeft, terwijl beide financiers aanspraak maken op de *accounts* als *proceeds* en niet specifiek de vorderingen financieren.²⁷² Aldus kan de financierende bank ‘haasje-over-springen’ en zodoende de supervoorrang van de aanschaffancier teniet doen. Aangezien *inventory* bestemd is om te worden doorverkocht, is de supervoorrang van de aanschaffancier daarmee van weinig waarde.²⁷³ Dit resultaat verdraagt zich niet met de ratio die ten grondslag ligt aan de supervoorrang van de aanschaffancier.²⁷⁴ Deze voorrang strekt er immers toe de aanschaffancier (en de kredietnemer) te beschermen tegen een generiek zekerheidsrecht van de eerdere financier.²⁷⁵

Ook het argument dat de financier van *inventory* dikwijls betaald zal worden met de middelen die de vorderingenfinancier beschikbaar stelt, treft slechts doel indien de vorderingenfinancier een factormaatschappij is die daadwerkelijk uitkeringen doet indien de kredietnemer vorderingen verkrijgt op een afnemer.

270 Zie de literatuur in voetnoot 268 en het meest expliciet problematiserend Lacy 1990, p. 363, p. 381-382 t.a.v. het (voorheen) gelijksoortige probleem m.b.t. *chattel paper* en voorts p. 443 en p. 449-450. Vgl. ook Brinkmann 2011, p. 419.

271 Lacy 1990, p. 363, p. 446-450.

272 Lacy 1990, p. 363, p. 381-382 t.a.v. het (voorheen) gelijksoortige probleem m.b.t. *chattel paper* en voorts p. 443 en p. 446-450.

273 Zie Gilmore 1963, p. 1383, Reeves 1969, p. 1165, ‘A Look at the Work of the Article 9 Review Committee’, *The Business Lawyer* 1970, p. 322 en ‘A Second Look at the Amendments to Article 9 of the Uniform Commercial Code’, *The Business Lawyer* 1974, p. 1003.

274 Zie McAlister 1993, p. 677-678 en p. 684-692.

275 Zie hiervoor in paragraaf 3.4.5. Vgl. in deze context I. Koller, ‘Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung’, *JZ* 1985, p. 1021-1022.

Dat geldt niet indien de andere financier simpelweg een (generiek) zekerheidsrecht heeft bedongen op de toekomstige vorderingen in het kader van een doorlopend krediet.²⁷⁶ Om deze reden is door onder meer Gilmore voorgesteld dat aan het zekerheidsrecht van de *accounts financier* slechts dan een hogere rang zou moeten toekomen, indien hij daadwerkelijk *new value* heeft verschaft aan de kredietnemer.²⁷⁷ Dat voorstel is bij de herziening echter niet overgenomen. In een dergelijk geval valt er iets te zeggen voor de voorrang van de factormaatschappij. Bij een botsing tussen een verlengd eigendomsvoorbehoud en factoring komt het Duitse recht tot een vergelijkbare oplossing. Indien het verlengd eigendomsvoorbehoud collideert met een eerdere cessie aan de factormaatschappij, vindt de *Vertragsbruchlehre* op deze botsing geen toepassing, althans waar het gaat om eigenlijke factoring, waarvan sprake is indien de cessie geschiedt ten titel van koop en de factormaatschappij het delcrediterisico overneemt.²⁷⁸ Aan dat resultaat ligt de gedachte ten grondslag dat de verkoper in geval van eigenlijke factoring niet in een slechtere positie komt te verkeren dan in het geval dat het eigendomsvoorbehoud succesvol zou worden verlengd tot de doorverkoopvordering en de afnemer vervolgens de koopprijs aan de wederverkoper (*i.e.* de koper onder eigendomsvoorbehoud) zou betalen. Ook dan verliest de verkoper zijn surrogaatzekerheid en is hij afhankelijk van het daadwerkelijk doorgeleiden van de betaalde koopprijs aan hem.²⁷⁹ Per saldo komt het dan aan op de vraag wie het risico draagt van het daadwerkelijk aan de verkoper doorgeleiden van de door de factor verschaft gelden. Aangezien de verkoper dit risico ook draagt indien de afnemer de koopprijs aan de koper betaalt, is het niet onredelijk dit risico neer te leggen bij de verkoper.²⁸⁰ Bovendien is de cessie aan de factormaatschappij veelal ook in het belang van de verkoper, omdat hij daardoor sneller kan worden voldaan.

Indien het daarentegen gaat om het conflict tussen de verkoper en de kredietverschaffende bank, geldt dit alles niet. Niet goed valt in te zien waarom de supervoorrang van de aanschafffinancier zou moeten vervallen op het moment dat de gefinancierde zaak wordt doorverkocht, wanneer men bedenkt dat de aanspraak van de aanschafffinancier op de doorverkoopvordering beperkt blijft tot de waarde van de oorspronkelijk gefinancierde zaak. Het behoud van de supervoorrang zou geen verandering brengen in de onderlinge verhouding tussen de aanschafffinancier en de kredietverschaffende bank. Integendeel, de bank is door het verlies van de

276 Brinkmann 2011, p. 419.

277 Gilmore 1965, p. 797. Vgl. ook Coogan & Gordon 1963, p. 1567.

278 Zie o.m. BGH 19 september 1977, *NJW* 1977, 2207, BGH 7 juni 1978, *NJW* 1978, 1972 en BGH 15 april 1987, *NJW* 1987, 1878 in navolging van Serick 1976, p. 566 e.v. In geval van oneigenlijke factoring is sprake van kredietverschaffing en wordt de *Vertragsbruchlehre* wél toegepast. Zie naast de voorgaande rechtspraak BGH 14 oktober 1981, *NJW* 1982, 164.

279 Zie naast de in de vorige noot genoemde rechtspraak uit de literatuur o.m. Serick 1976, p. 566-584, Wilhelm 2010, p. 961-963, Bülow 2012, p. 631 e.v., Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 175 e.v. en MünchKomm-BGB/Roth & Kieninger 2016, § 398 BGB, Rn. 160 e.v. Daarbij is van belang dat de koper na doorverkoop en cessie van de doorverkoopvordering bevoegd blijft om de vordering te innen door middel van een *Einziehungsermächtigung* die hem verleend is door de verkoper.

280 De daaruit voortvloeiende risico's kunnen verkoper en koper bovendien afdekken door het eigendomsvoorbehoud bij wijze van alternatief niet enkel tot de doorverkoopvordering te verlengen maar ook tot de vordering van de koper op de factor. Zo bijv. K.P. Schmitz-Weckauf, 'Der Schutz des Eigentumsvorbehaltslieferanten bei echtem Factoring', *NJW* 1985, p. 467-468, G.M. Iro, 'Zur Kollision von Factoring und verlängertem Eigentumsvorbehalt', *ÖBA* 1990, p. 269-271 en A. Beck, 'Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Zwickmühle?', *KTS* 2008, p. 137-139. Zie voor een voorbeeld van een dergelijk beding de *Einheitsbedingungen der deutschen Textilwirtschaft*, § 10, nr. 6c, te vinden in F. Graf von Westphalen & G. Thüsing, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, München: C.H. Beck 2014, Klauselwerke: Die Einheitsbedingungen der deutschen Textilwirtschaft, Rn. 43.

supervoorrang in staat om de door hem gemaakte verkeerde inschatting dat de kredietnemer met het door de bank verschaft krediet in staat zou zijn de doorverkoopvordering te genereren, af te wentelen op de aanschaffinancier, waartegen de supervoorrang juist beoogt te waken.²⁸¹

Ook onder de gelding van het Oud BW werd het conflict tussen de kredietverschaffende bank en de onbetaald gebleven verkoper die het verlengd reclamerecht geldend wenste te maken beslecht ten gunste van laatstgenoemde. Het was volgens de Hoge Raad namelijk niet onredelijk ‘dat een vordering, die de koper heeft verkregen doordat hij de contant gekochte, doch niet betaalde goederen heeft doorverkocht, gedurende dertig dagen na de oorspronkelijke aflevering ten behoeve van de oorspronkelijken verkoper belast blijft, daar het door de wet erkende belang van den oorspronkelijken verkoper niet lager behoeft te worden aangeslagen dan het belang van dengene die zich ondanks het niet gekweten zijn van den oorspronkelijken verkoper de vordering heeft doen overdragen’, terwijl ‘degene die zich een vordering doet overdragen dit steeds doet op eigen gevaar’.²⁸² Wanneer een bank ervan uitgaat dat de verkoper met het door hem verschaft krediet wordt voldaan, dient de bank, zoals Veegens opmerkte, ‘er nauwlettend op toe te zien, dat hun credieten tegen cessie van vorderingen ook worden aangewend tot betaling van de verkopers der goederen.’

Gelet op al deze argumenten is het behoud van de voorrangspositie van de verkoper ten aanzien van de doorverkoopvorderingen gerechtvaardigd, voor zover daarin de waarde besloten ligt van de verkochte zaak.²⁸³ Een andersluidende opvatting zou tot gevolg hebben dat het eigendomsvoorbehoud in gevallen waarin de verkochte zaak bestemd is om te worden doorverkocht, van weinig waarde zou zijn.²⁸⁴ Daarvan zouden de overige schuldeisers van de koper, in het bijzonder de kredietverschaffende bank profiteren, hetgeen vanwege de neutraliteit van het (verlengd) eigendomsvoorbehoud niet gerechtvaardigd is. De voorkeur verdient derhalve de oplossing van het Duitse recht. Ook de DCFR kiest voor deze oplossing en wijkt daarmee wat betreft *inventory* af van de UCC. De voorrang van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud en de aanschaffinancier met een zekerheidsrecht strekt zich, indien partijen een verlenging zijn overeengekomen,²⁸⁵ uit tot de doorverkoopvorderingen als *proceeds* van de oorspronkelijke gefinancierde zaak. Onder de definitie van *proceeds* valt onder meer de ‘value realised by sale or other disposition’ (art. IX.-1:201(11)(a) DCFR). Als het eigendomsvoorbehoud contractueel wordt verlengd, verkrijgt de verkoper derhalve een *security right* ten aanzien van de *proceeds*. Dat zekerheidsrecht heeft dezelfde *superpriority* als met betrekking tot de gefinancierde zaak gold (art. IX.-4:104 jo. art. IX.-4:105(2)(b) DCFR). Ter onderbouwing van deze keuze wijst de toelichting erop dat het behoud van supervoorrang in overeenstemming is met sommige nationale rechtssystemen, in het bijzonder het Duitse recht. Het

281 Zie hiervoor in paragraaf 3.4.5, in het bijzonder de bij voetnoot 112 behorende hoofdttekst.

282 HR 25 juni 1954, *NJ* 1955, 685 m.nt. D.J. Veegens (*Doorverkochte rogge*).

283 Zie voor een uitwerking hoofdstuk 7, paragraaf 7.3.

284 Vgl. H. Eidenmüller, ‘Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung’, *AcP* 2004, p. 481-482 die opmerkt dat dit tot gevolg zou kunnen hebben dat leveranciers überhaupt geen krediet meer wensen te verschaffen met de nadelige gevolgen van dien.

285 Het eigendomsvoorbehoud of zekerheidsrecht van de aanschaffinancier strekt zich niet automatisch uit tot doorverkoopvorderingen. Voor verzekeringspenningen ligt dat anders. Zie art. IX.-2:306 DCFR en de toelichting bij art. IX.-4:105 DCFR bij Von Bar & Clive 2009, p. 5568.

voordeel van de door de DCFR gekozen oplossing is, aldus de toelichting, dat het niet nodig is om terug te grijpen op algemene leerstukken zoals de goede zeden om dit ‘economically reasonable result’ te bereiken.²⁸⁶

3.6.4 *Tussenconclusie*

De rechtvaardiging voor het verlengd eigendomsvoorbehoud is gelegen in de omstandigheid dat de voorrang van de verkoper beperkt blijft tot de waarde die door hem aan het vermogen van de koper is toegevoegd. Daarmee kan het verlengd eigendomsvoorbehoud grotendeels met dezelfde argumenten worden gerechtvaardigd als het eenvoudig eigendomsvoorbehoud. Zolang de verlenging slechts betrekking heeft op deze door de verkoper toegevoegde waarde, worden de overige schuldeisers van de koper niet benadeeld en is de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud gehandhaafd. Bij gebreke van de verschaffing van het leverancierskrediet door de verkoper, had de nieuwe zaak niet gevormd kunnen worden en had de doorverkoop niet kunnen plaatsvinden. De overige schuldeisers hadden zich dan ook niet kunnen verhalen op deze goederen. Bij gebreke van de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud effectief te verlengen, is het bedingen van het eigendomsvoorbehoud met betrekking tot zaken die bestemd zijn om te worden verwerkt of doorverkocht veelal van weinig waarde. In hoofdstuk 7 wordt nader ingegaan op de mogelijkheden die het Nederlandse recht de verkoper biedt om vervangende zekerheid te verkrijgen en in hoeverre tegen de achtergrond van deze hier beschreven rechtvaardiging ingrijpen door de wetgever gewenst zou zijn.

3.7 **Conclusie**

In dit hoofdstuk is de rechtvaardiging onderzocht voor de voorrangspositie van de verkoper die een eigendomsvoorbehoud bedingt. Deze voorrangspositie schept geen voorrangrecht in eigenlijke zin. De voorrangspositie van de verkoper is gelegen in het feit dat hij de zaak simpelweg als de zijne kan opvorderen indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde koopprijs. Het eigendomsvoorbehoud verschaft de verkoper daarmee een sterke positie, omdat het beding voorkomt dat de zaak tot het vermogen van de koper gaat behoren, als gevolg waarvan de overige schuldeisers van de koper zich op die zaak zouden kunnen verhalen.

De verklaring voor deze voorrangspositie van de verkoper is gelegen in de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud. Met de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud wordt bedoeld dat het beding geen verandering brengt in de omvang van het voor verhaal vatbare vermogen van de koper. Vóór betaling van de koopprijs kunnen de schuldeisers van de koper zich verhalen op deze som geld, terwijl zij zich na betaling van de koopprijs kunnen verhalen op de verkochte zaak. Aangezien de voorrangspositie van de verkoper bovendien betrekking heeft op een

286 Von Bar & Clive 2009, p. 5568-5569.

zaak die niet tot het vermogen behoort en, bij gebreke van het eigendomsvoorbehoud, evenmin tot het vermogen van de koper zou behoren, ondervinden de overige schuldeisers geen nadeel van deze voorrangspositie.

Met name in de Verenigde Staten blijkt deze grondslag van de voorrangspositie sterk, omdat de UCC aan zekerheidsrechten die in het kader van aanschafffinanciering worden bedongen, een voorkeursbehandeling verleent. Daarmee wordt niet alleen de nauwe band tussen de aanschafffinanciering en het verschaft zekerheidsrecht benadrukt, maar ook de aanschafffinanciering als zodanig gestimuleerd. Een belangrijke reden voor de voorkeursbehandeling van zekerheidsrechten in het kader van aanschafffinanciering is bovendien gelegen in de doorbreking van een sterke positie van een kredietverschaffer, die aan het begin van de bedrijfsactiviteiten een zekerheidsrecht bedingt op alle bestaande en toekomstige goederen. De voorrangspositie van de aanschafffinancier vormt daarmee een noodzakelijk tegengewicht tegen de sterke positie van de bank.

Deze rechtvaardiging geldt niet voor het verbreed eigendomsvoorbehoud, dat wordt bedongen voor andere vorderingen. Daarmee wordt de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud doorbroken, terwijl zij bovendien op gespannen voet staat met aard van de koopovereenkomst, waarin het beding is neergelegd. Om deze redenen wordt het verbreed eigendomsvoorbehoud in sommige van de onderzochte rechtssystemen niet toelaatbaar geacht, terwijl andere rechtssystemen aan de verbreding nadere beperkingen stellen. De mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te verbreden is uitsluitend gerechtvaardigd in doorlopende handelstransacties, waarin zaken doorlopend worden geleverd en in willekeurige volgorde worden doorverkocht en afbetaald. De onmogelijkheid van verbreding zou de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in zodanige gevallen ernstig bemoeilijken.

Voor het verlengd eigendomsvoorbehoud gelden daarentegen dezelfde rechtvaardigende argumenten als voor het eenvoudig eigendomsvoorbehoud. Indien de verkoper door middel van een verlengd eigendomsvoorbehoud een aanspraak verkrijgt met betrekking tot datgene wat in de plaats treedt van de verkochte zaak en deze aanspraak ook beperkt blijft tot de door hem aan het vermogen van de koper toegevoegde waarde, is de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud gewaarborgd. Door de verlenging van het eigendomsvoorbehoud worden de overige schuldeisers net zo min benadeeld als door het eenvoudig eigendomsvoorbehoud. De verlenging van het eigendomsvoorbehoud zal veelal leiden tot conflicten met de kredietverschaffende bank, die een zekerheidsrecht heeft bedongen op datgene wat in de plaats komt van de door de verkoper verkochte zaak. Hoewel dit conflict met betrekking tot doorverkoopvorderingen in de verschillende rechtssystemen verschillend wordt beslecht, pleit de ratio van het eigendomsvoorbehoud voor een beslechting van dat conflict ten gunste van de verkoper. Voor de verlenging van het eigendomsvoorbehoud tot nieuw gevormde zaken wordt die oplossing in alle door mij onderzochte rechtssystemen gekozen. In hoofdstuk 7 wordt nader ingegaan op de inpassing van deze oplossing in het geldende en wenselijke Nederlandse recht.

4 | Constructie van het eigendomsvoorbehoud

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is gebleken dat het eigendomsvoorbehoud in belangrijke mate ook een middel is dat de koper bescherming biedt. Niet alleen wordt aan de koper in afwijking van de regel van artikel 7:26 lid 2 BW reeds de macht over de zaak verschaft, alvorens hij de verschuldigde prestatie voldoet, ook bewerkstelligt de constructie van het eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde dat gewaarborgd is dat voldoening van de verschuldigde tegenprestatie ook zonder meer tot gevolg heeft dat de koper eigenaar wordt. Als het uitsluitend zou aankomen op de belangen van de verkoper, zou het afdoende zijn om het eigendomsvoorbehoud aldus te begrijpen dat de zaak weliswaar aan de koper wordt overhandigd, maar de levering en de overdracht desalniettemin wordt uitgesteld tot het moment dat de koper de verschuldigde tegenprestatie voldoet. De meerwaarde van variant van het eigendomsvoorbehoud in artikel 3:92 lid 1 BW is dat het eigendomsvoorbehoud aldus ook de belangen van de koper veiligstelt.

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal op welke wijze deze constructie van het eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde binnen het stelsel van overdracht kan worden verklaard. Daarbij passeren de verschillende opvattingen in de literatuur de revue. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan de voorwaardelijkheid van de titel (paragraaf 4.3), de voorwaardelijkheid van de levering (paragraaf 4.4) of de (enkele) voorwaardelijkheid van de overdracht zelf (paragraaf 4.5). Vervolgens wordt toegespitst op de bijzondere leveringsbepaling bij een overdracht onder opschortende voorwaarde (art. 3:91 BW). In dat verband wordt stilgestaan bij de ratio van die bepaling (paragraaf 4.8.1), de noodzaak van een afzonderlijk leveringsvoorschrift (4.8.3) en de wijze waarop aan het leveringsvereiste kan worden voldaan (paragraaf 4.8.4).

4.2 Het eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde

Voor een goed begrip van de constructie van het eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde is het van belang te beseffen dat het eigendomsvoorbehoud een tweeledig karakter heeft.¹ Enerzijds is met het beding

¹ Reehuis 2013, nr. 14.

beoogd dat de verkoper eigenaar blijft van de verkochte zaak tot het moment dat de koper de verschuldigde tegenprestatie voldoet, maar anderzijds is eveneens beoogd dat de koper zonder meer eigenaar wordt van de verkochte zaak, indien en zodra hij de verschuldigde tegenprestatie voldoet. Dit automatisme van de eigendomsverkrijging door de koper op het moment dat hij de verschuldigde tegenprestatie voldoet, is gewaarborgd doordat terstond een overdracht wordt gerealiseerd, waaraan een opschortende voorwaarde is verbonden.

Hoewel gewoonlijk de nadruk wordt gelegd op de eerste omstandigheid – het feit dat de verkoper vooralsnog eigenaar blijft – vormt het tweede aspect net zozeer een essentieel onderdeel van het beding van eigendomsvoorbehoud zoals het door artikel 3:92 lid 1 BW wordt begrepen. Als de verkoper en de koper namelijk niet terstond een overdracht tot stand zouden brengen, zou simpelweg sprake zijn van het uitstellen door de verkoper van de nakoming van zijn verplichtingen, waarbij eventueel de zaak reeds aan de koper zou kunnen worden overhandigd.

Zoals in hoofdstuk 2 duidelijk is geworden, heeft bij de wettelijke verankering van het eigendomsvoorbehoud met name het tweede aspect – het waarborgen dat de eigendomsverkrijging zonder meer en van rechtswege plaatsvindt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat – op de voorgrond gestaan.² Duidelijk blijkt dit ook uit het opnemen van een afzonderlijke leveringsbepaling voor de overdracht onder opschortende voorwaarde, waarbij in het bijzonder aan het eigendomsvoorbehoud is gedacht. Met artikel 3:91 BW heeft de wetgever buiten twijfel willen stellen dat het mogelijk is om, ondanks het feit dat de verkoper vooralsnog eigenaar blijft, de levering direct te verrichten. Aangezien het verrichten van de leveringshandeling een noodzakelijk voorwaarde is voor het realiseren van een overdracht (art. 3:84 lid 1 BW), zou het bij gebreke van de mogelijkheid om de zaak direct te leveren in het geheel niet mogelijk zijn om direct een overdracht te realiseren.³

Omdat de zaak op grond van artikel 3:91 BW direct kan worden geleverd aan de koper, kan ook direct een overdracht tot stand worden gebracht, waarvan slechts de werking door de opschortende voorwaarde is uitgesteld. Aldus is gewaarborgd dat de koper door voldoening van de tegenprestatie ook zonder meer eigenaar wordt.

Dat de vervulling van de voorwaarde dit rechtsgevolg zonder meer teweegbrengt, is het gevolg van de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde. Dit begrip heeft een tweetal aspecten.⁴ Enerzijds heeft de vervulling van de voorwaarde goederenrechtelijke werking tussen partijen. Dit houdt in dat de eigendom bij vervulling van de voorwaarde zonder meer overgaat op de verkrijger onder voorwaarde, zonder dat daartoe nog een handeling van partijen is vereist en zonder dat partijen op deze goederenrechtelijke werking – bijvoorbeeld door een wilswijziging – nog invloed kunnen uitoefenen.⁵ Anderzijds heeft de vervulling van de voorwaarde ook goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden, in die zin dat de vervreemder onder voorwaarde gedurende de periode van onzekerheid is beperkt in diens beschikkingsmacht ten aanzien van de reeds onder voorwaarde

² Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.6.

³ Zie hierna in paragraaf 4.4.1 en 4.8.1.

⁴ Zie uitgebreid Stolz 2015, p. 907 e.v.

⁵ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 125, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 411 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 239.

overgedragen zaak.⁶ Dit heeft tot gevolg dat een beschikking door de vervreemder hangende de voorwaarde, een door een schuldeiser van de vervreemder gelegd beslag en een tussentijds uitgesproken faillissement niet kunnen verhinderen dat de eigendom overgaat op de verkrijger indien de voorwaarde in vervulling gaat. In hoofdstuk 8 wordt uitgebreid stilgestaan bij de vraag hoe deze goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde in het systeem van het vermogensrecht kan worden verklaard. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de voorafgaande vraag, namelijk op welke wijze een overdracht onder opschortende voorwaarde tot stand komt. Daarmee vormt dit hoofdstuk de opmaat voor de bespreking van de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid in hoofdstuk 8.

De vraag naar de constructie van het eigendomsvoorbehoud, in het bijzonder waar het aankomt op de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid, is zonder twijfel de meest omstreden kwestie rond het eigendomsvoorbehoud in de literatuur sinds 1992. Dit lijkt onder meer een gevolg van het feit dat de relevante wetsbepalingen – in het bijzonder artikel 3:84 lid 4 BW, artikel 3:91 BW en artikel 3:92 lid 1 BW – en de daarbij horende parlementaire geschiedenis niet alleen erg bondig zijn geformuleerd, maar ook geen eenduidige terminologie lijken te hanteren. Daarnaast speelt een rol dat de constructie van de overdracht onder opschortende voorwaarde in het huidige recht mogelijk afwijkt van het Oud BW, omdat de terugwerkende kracht van de vervulling van de voorwaarde is afgeschaft.

Dit alles heeft geleid tot een wildgroei aan opvattingen in de literatuur ten aanzien van de constructie van de overdracht onder opschortende voorwaarde.⁷ De verschillende opvattingen laten zich desalniettemin indelen in grofweg drie categorieën, die hierna achtereenvolgens worden besproken.⁸

4.3 Voorwaardelijkheid van de titel

In de eerste plaats wordt aangenomen dat de voorwaardelijkheid van de overdracht een gevolg is van het feit dat de verbintenis die de titel voor overdracht vormt, voorwaardelijk is.⁹ Doordat de verbintenis tot overdracht voorwaardelijk is, is de werking van de titel opgeschort tot het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat (vgl. art. 6:22 BW). Het komt mij voor dat de constructie van het eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde inderdaad het best kan worden verklaard aan de hand van een aan de verbintenis tot overdracht verbonden opschortende voorwaarde. Het heeft er bovendien alle schijn van dat het ook de constructie is die de wetgever voor ogen heeft gestaan.

⁶ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 126, Sijnders & Rank-Berenschot 2012, nr. 411 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 239 en nr. 243.

⁷ Vgl. Stolz 2015, p. 985 die spreekt van een ‘vrijwel onontwarbare kluwen aan opvattingen.’

⁸ Zie voor een uitgebreid overzicht Stolz 2015, p. 984-1006.

⁹ Vriesendorp 1985a, p. 24 e.v., Bordes 1985, p. 667, Brahn 1992a, p. 43, Brahn 1992b, p. 26, Kortmann 1992, p. 209, Reehuis 1998, p. 7-8, Wichers 2002, p. 276, Scheltema 2003, p. 316, Reehuis 2010, nr. 93 en nr. 102, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 121 en nr. 963 en Abendroth 2013, p. 320-321. Door Verstijlen 2007, p. 825 wordt ook aangeknoopt bij de titel, maar hij gaat uit van een meerledige verbintenis met zowel voorwaardelijk als onvoorwaardelijke componenten (waarover aanstonds in de hoofdttekst). In die zin thans ook Reehuis 2013, nr. 18. Een aantal auteurs noemt de constructie door middel van een voorwaardelijke titel naast andere constructies. Zo bijv. Rank-Berenschot 1992, p. 228-230, Hartkamp 2005, p. 111, Sijnders & Rank-Berenschot 2012, nr. 489 en Hijma & Olthof 2014, p. 96.

Artikel 3:84 lid 4 BW spreekt uitdrukkelijk van de mogelijkheid om ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis te leveren, als gevolg waarvan vooralsnog slechts een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde als de verbintenis is onderworpen. Ook in de parlementaire geschiedenis komt meermaals de mogelijkheid van een voorwaardelijke overdracht als uitvloeisel van een voorwaardelijke titel aan de orde.¹⁰ Bovendien wordt het in dezelfde parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk voor mogelijk gehouden dat reeds vóór vervulling van de voorwaarde ter uitvoering van een verbintenis onder opschortende voorwaarde een overdracht wordt gerealiseerd.¹¹

Volgens een aanzienlijk aantal auteurs laat zich de overdracht onder opschortende voorwaarde echter niet door middel van een voorwaardelijke titel construeren. Sommigen onderbouwen dit standpunt met het argument dat het verbinden van een voorwaarde aan de verbintenis tot overdracht tot gevolg heeft dat de verplichting tot overdracht pas ontstaat op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, zodat de verkoper gedurende de periode van onzekerheid nog tot niets verplicht is.¹² Anderen leggen de nadruk op het feit dat het niet mogelijk is om te leveren ter uitvoering van een opschortend voorwaardelijke titel. Omdat een opschortend voorwaardelijke titel nog geen werking heeft, zou er nog niet kunnen worden geleverd ter uitvoering van die titel, zodat de levering niet zou zijn geschied *krachtens* een geldige titel.¹³ In deze benadering is artikel 3:84 lid 4 BW slechts geschreven voor de overdracht onder ontbindende voorwaarde, omdat alleen de verbintenis onder ontbindende voorwaarde gedurende de periode van onzekerheid een rechtsgrond voor overdracht oplevert.¹⁴ Wat betreft de onmogelijkheid om gedurende de periode van onzekerheid te presteren bij een verbintenis onder opschortende voorwaarde wordt bovendien geregeld gewezen op artikel 6:25 BW, dat bepaalt dat een prestatie die krachtens een verbintenis onder opschortende voorwaarde is verschuldigd, overeenkomstig de regels met betrekking tot onverschuldigde betaling kan worden teruggevorderd, indien zij voor vervulling van de voorwaarde is verricht.

In de Oostenrijkse literatuur worden vergelijkbare bezwaren genoemd. Hoewel het Oostenrijkse recht uitgaat van een causaal stelsel van overdracht, wordt het eigendomsvoorbehoud vrijwel unaniem en veelal zonder enige onderbouwing verklaard aan de hand van een opschortende voorwaarde die is verbonden aan de

10 Zie bijv. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 318, V.C. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235 en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 145.

11 T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 152-153 en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 814.

12 Mezas 1985, p. 3, voetnoot 10, Faber 1997, p. 212-213, Van Swaaij 2000, p. 129-131 en p. 136-139, Peter 2007, p. 138, Faber 2007, p. 39, Rongen 2014, p. 304 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 522. Vgl. ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 238. Zie ook m.b.t. de overdracht onder tijdsbepaling M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 320, waarover hierna in voetnoot 21.

13 Van Swaaij 2000, p. 130-131, Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006, nr. 218, Peter 2007, p. 137, Verstijlen 2007, p. 825, Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 20b, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 238, Stolz 2015, p. 988 (m.b.t. de onjuiste volgorde van totstandkoming van de vereisten van overdracht) en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 522. Vgl. ook Scheltema 2003, p. 316 die art. 3:84 lid 4 BW als correctiemechanisme beschouwt, in die zin dat art. 3:84 lid 4 BW aan de verbintenis onder opschortende voorwaarde alsnog de benodigde werking verschaft om terstond een overdracht te bewerkstelligen. In die zin ook Vriesendorp 1985a, p. 30.

14 Van Swaaij 2000, p. 129-139, Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006, nr. 218, Peter 2007, p. 137, Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 20b (in Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 20b komt de desbetreffende passage niet meer voor, maar lijkt de levering ter uitvoering van een verbintenis onder opschortende voorwaarde nog steeds niet voor mogelijk te worden gehouden), Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 238 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 522.

goederenrechtelijke overeenkomst (de op overdracht gerichte wilsovereenstemming).¹⁵ Het lijkt erop dat ervan wordt uitgegaan dat de aan de titel verbonden voorwaarde zou verhinderen dat direct een overdracht wordt gerealiseerd, omdat de opgeschorte werking van de titel tot gevolg zou hebben dat de verkoper pas verplicht zou zijn om de eigendom over te dragen op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.¹⁶ Met andere woorden: tot die tijd zou de verkoper niet eens verplicht zijn de zaak te leveren. Andere auteurs lijken zelfs aan te nemen dat de voorwaardelijkheid van de titel tot gevolg zou hebben dat de gehele koopovereenkomst voorwaardelijk zou zijn, waardoor ook de koper gedurende de periode van onzekerheid tot niets verplicht zou zijn.¹⁷ Aangezien dat niet de bedoeling is van het eigendomsvoorbehoud, verklaart men de constructie door middel van een voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst. Sterker nog: het eigendomsvoorbehoud wordt door sommigen gezien als hét bewijs dat de goederenrechtelijke overeenkomst in het Oostenrijkse recht een vereiste voor overdracht vormt, omdat een voorwaardelijke beschikking bij gebreke van dit vereiste niet mogelijk zou zijn.¹⁸

Deze bezwaren tegen de voorwaardelijkheid van de titel vermogen echter niet te overtuigen. Zij worden hierna achtereenvolgens besproken.

4.3.1 *De opgeschorte werking van een voorwaardelijke titel als obstakel*

De omstandigheid dat de opschortende voorwaarde bewerkstelligt dat de werking is uitgesteld van de verbintenis die de titel voor overdracht vormt, staat niet aan het terstond realiseren van een overdracht ter uitvoering van die verbintenis in de weg. Daarvoor is van belang dat het verbinden van een opschortende voorwaarde aan een rechtshandeling of verbintenis berust op de partijautonomie.¹⁹ Als partijen een opschortende voorwaarde aan een verbintenis verbinden, kunnen zij daarbij ook de strekking van deze opschortende voorwaarde vormgeven.²⁰ In dat verband zijn twee varianten denkbaar.²¹

15 Frotz 1970, p. 129, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 375, Rummel/Spielbüchler 2000, § 424 ABGB, Rn. 5, Rummel/Rummel 2000, § 897 ABGB, Rn. 4, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 25, Koziol & Welser/Kletečka 2014, p. 355 en p. 455 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 18. Zie uit de rechtspraak OGH 11 november 1986, zaaknr. 5Ob324/86, OGH 11 februari 1997, zaaknr. 5Ob18/97a, OGH 24 april 2003, zaaknr. 6Ob306/02x, OGH 25 februari 2004, zaaknr. 3Ob66/03g en OGH 11 oktober 2012, zaaknr. 2Ob188/11b. Zie daartegen inmiddels Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB, Rn. 53: 'Gerade im österreichischen Zivilrecht liegt daher die Annahme eines teilbedingten Verpflichtungsgeschäfts mit dadurch automatisch aufgeschobener Verfügung viel näher als die Annahme einer Abrede der Parteien nur in Bezug auf ein (dem ABGB ohnehin fremdes) bedingtes Verfügungsgeschäft.' Zie over haar afwijkende opvatting nog hierna in voetnoot 35.

16 Zo bijv. Klang/Gschnitzer 1968, § 900 ABGB, p. 321 en Rummel/Spielbüchler 2000, § 424 ABGB, Rn. 5.

17 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 375 en p. 456 en Schroditsch 2008, p. 135.

18 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 375, Bollenberger 1995a, p. 67-68 en Schroditsch 2008, p. 135.

19 Zie met verwijzingen hoofdstuk 8, paragraaf 8.2.1.

20 Zie toegesneden op het eigendomsvoorbehoud Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB, Rn. 23: 'Von der Bedingung kann nach dem Willen der Parteien das ganze Geschäft abhängig gemacht werden oder nur einzelne Rechtswirkungen (vollständige oder teilweise Bedingtheit). So ist etwa beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nur die Pflicht zur Übereignung, nicht aber die Pflicht zur Übergabe der Kaufsache mit der Erfüllung der Gegenleistung bedingt.'

21 T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 152-153 en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 814. Vgl. ook Asser/Beekhuis 1957, p. 155, Schoordijk 1986, p. 275 en Reehuis 2010, nr. 102. Zie ook Vegter 2002, p. 320 en Mollema 2007, p. 142 en p. 146. Vgl. voorts Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 420 en Verstappen 2015, p. 276 en p. 287. Aan dit onderscheid wordt voorbijgegaan in de M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*

In de eerste plaats is voorstelbaar dat partijen met de opgeschorte werking van de verbintenis die tot overdracht verplicht beogen vast te leggen dat de verkoper pas verplicht is tot eigendomsoverdracht indien de voorwaarde in vervulling gaat. Bij een dergelijke partijafsprake komen pas op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat bepaalde verplichtingen op de verkoper te rusten. Tot dat moment is hij nergens toe verplicht. Ten tweede is echter ook denkbaar dat de partijbedoe-ling ertoe strekt de aan de verbintenis verbonden opschortende voorwaarde te laten doorwerken in de overdracht, die zij terstond ter uitvoering van die verbintenis realiseren. Aldus strekt de verbintenis ertoe dat terstond wordt voldaan aan alle overdrachtsvereisten, zodat de aan de verbintenis tot overdracht verbonden voorwaarde doorwerkt in de overdracht, als gevolg waarvan het rechtsgevolg van de overdracht automatisch en van rechtswege intreedt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.²²

Door middel van uitleg zal moeten worden vastgesteld waarop de partijbedoe-ling is gericht indien aan een verbintenis tot overdracht een opschortende voorwaarde wordt verbonden. Bij het eigendomsvoorbehoud zoals dat door de wet bij wijze van vermoeden wordt begrepen (art. 3:92 lid 1 BW), is, behoudens een afwijkende partijafsprake, de tweede variant aan de orde. Met het eigendoms-voorbehoud beogen partijen namelijk dat de zaak reeds aan de koper wordt geleverd, alvorens hij de verschuldigde tegenprestatie voldoet. Als gevolg daarvan kan de koper reeds voor voldoening van die tegenprestatie profiteren van de voordelen die zijn verbonden aan het feit dat hij de zaak reeds in zijn macht heeft. Zoals hiervoor aan de orde kwam, volgt uit de tweeledige doelstelling van het eigen-domsvoorbehoud ook dat partijen niet alleen beogen te bewerkstelligen dat de verkoper vooralsnog eigenaar blijft, maar eveneens dat de koper zonder meer en van rechtswege eigenaar wordt, zodra hij de verschuldigde tegenprestatie voldoet. In het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud ligt daarmee impliciet besloten dat door de partijen direct de handelingen worden verricht die noodza-kelijk zijn om dit rechtsgevolg te laten intreden op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.

Artikel 3:92 BW geeft rekenschap van het feit dat de partijafsprake bij het eigendomsvoorbehoud gericht is op het terstond verrichten van de voor overdracht benodigde handelingen, doordat het een eigendomsvoorbehoud niet slechts begrijpt als een beding waarbij de verkoper de eigendom voorbehoudt, maar tevens als een beding op grond waarvan de zaak reeds ‘in de macht van de ander wordt gebracht.’ Artikel 3:92 lid 1 BW legt daarmee uitdrukkelijk het verband met de leveringsbepaling van artikel 3:91 BW, terwijl uit het bestaan van die bepaling onmiskenbaar kan worden afgeleid dat beoogd is dat de levering reeds voor

(*Inv. 3, 5 en 6*), p. 320 ten aanzien van de overdracht onder tijdsbepaling, alwaar namelijk uitsluitend de variant wordt besproken dat de verbintenis slechts verplicht tot overdracht na het verstrijken van de gestelde tijd. Terecht merkt Rank-Berenschot 1998, p. 158-159 op dat ook de situatie denkbaar is dat de tijdsbepaling weliswaar aan de verbintenis is verbonden, maar de levering desondanks direct plaatsvindt. Zoals Rank-Berenschot terecht opmerkt, moet in een dergelijk geval worden aangenomen dat de levering ter uitvoering van een dergelijke verbintenis leidt tot een overdracht onder dezelfde tijdsbepaling, die – ingeval van een opschortende tijdsbepaling – op grond van art. 3:85 lid 2 BW wordt beschouwd als een onvoorwaardelijke overdracht van het goed met een gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik ten behoeve van de vervreemder. Zie ook M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 804.

²² Vgl. Reehuis 2013, nr. 18-19. Zie ook Rank-Berenschot 1992, p. 230 die het voor mogelijk houdt dat de verkoper ‘op voorhand tot uitvoering van zijn voorwaardelijke verplichting overgaat door de zaak aan de koper ter hand te stellen.’

vervulling plaatsvindt.²³ Uit het samenspel van artikel 3:91 en artikel 3:92 BW – welke bepalingen blijken de parlementaire geschiedenis in een nauw verband met elkaar staan – volgt derhalve dat de vervreemder terstond verplicht is tot de levering door middel van machtsverschaffing, welke verplichting niet is opgeschort door de voorwaarde.²⁴ Aldus blijkt dat bij het eigendomsvoorbehoud geen sprake is van een situatie waarbij de verkoper gedurende de periode van onzekerheid nog tot niets verplicht is. In een dergelijk geval zou simpelweg sprake zijn van het uitstellen van de nakoming van de verplichting tot levering en eigendoms-overdracht totdat de koper de verschuldigde tegenprestatie voldoet, terwijl met het vermoeden van artikel 3:92 lid 1 BW juist is beoogd een zodanige uitleg van het eigendomsvoorbehoud in beginsel de pas af te snijden.

Dit betekent dat de verkoper, ondanks de opgeschorte werking van de verbintenis die tot overdracht verplicht, terstond verplicht is om een overdracht onder opschortende voorwaarde tot stand te brengen. Of anders gezegd: ook in geval van een verbintenis onder opschortende voorwaarde (in de variant die bij het eigendomsvoorbehoud aan de orde is) rusten op de verkoper terstond verplichtingen teneinde een automatische eigendomsverkrijging mogelijk te maken indien en zodra de koper de verschuldigde prestatie voldoet.²⁵ Deze terstond bestaande verplichtingen strekken er juist toe te bewerkstelligen dat de aan de verbintenis verbonden voorwaarde ook doorwerkt in de overdracht, die meteen tot stand komt. In zoverre heeft de verbintenis onder opschortende voorwaarde al voldoende werking om op de verkoper bepaalde verplichtingen te doen rusten, als gevolg waarvan wordt bewerkstelligd dat alvast een overdracht tot stand komt, zodat de eigendomsverkrijging zich bij vervulling van de voorwaarde ook automatisch voltrekt. Daarmee wordt beantwoord aan de tweeledige doelstelling van het eigendomsvoorbehoud, zoals die hiervoor in paragraaf 4.2 aan de orde kwam.²⁶

Verstijlen heeft er terecht op gewezen dat het eigendomsvoorbehoud door de strekking van de partijafpraak dat terstond uitvoering wordt gegeven aan de verbintenis onder opschortende voorwaarde ook een onvoorwaardelijke component heeft, omdat *terstond* de handelingen moeten worden verricht die nodig zijn om te realiseren dat de koper door betaling ook automatisch eigenaar wordt.²⁷ De onvoorwaardelijke component ligt daarmee besloten in de omstandigheid dat de verkoper verplicht is de koper direct de macht over de verkochte zaak te verschaffen. Als gevolg daarvan is de levering voltooid, zodat de koper door voltooiing van de verschuldigde tegenprestatie zonder meer eigenaar wordt van de zaak. Daarmee behoudt het eigendomsvoorbehoud tegelijkertijd evenwel een voorwaardelijke component, omdat de voorwaarde bewerkstelligt dat de titel vooralsnog niet de (onvoorwaardelijke) eigendomsverkrijging rechtvaardigt.

23 Anders zou de levering namelijk gewoon door bezitsverschaffing kunnen geschieden, terwijl art. 3:91 BW nu juist is opgenomen omdat de levering vóór vervulling door de voorwaarde niet door bezitsverschaffing kan geschieden. Zie hierna in paragraaf 4.8.1.

24 Reehuis 2013, nr. 18. Anders dan Peter 2007, p. 138 meent, kan de koper de levering dan ook terstond afdwingen.

25 Vgl. Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB, Rn. 23.

26 Vgl. Reehuis 2013, nr. 14.

27 Verstijlen 2007, p. 825. Zo ook: Reehuis 2013, nr. 18. Ook bij Scheltema 2003, p. 272 is deze gedachte reeds te vinden, hoewel niet geheel duidelijk wordt of hij daar zijn eigen visie weergeeft.

De voorwaardelijkheid van de titel werkt ingevolge het causale stelsel van overdracht door in de rechtsgevolgen van de overdracht, in die zin dat de titel vooralsnog slechts een voorwaardelijke overdracht rechtvaardigt. Dat wil zeggen: de titel rechtvaardigt wel dat reeds een overdracht tot stand wordt gebracht, maar rechtvaardigt nog niet het daaruit voortvloeiende rechtsgevolg, vanwege de opgeschorte werking van de titel.

Samengevat komt het voorgaande hierop neer. De verkoper is voorwaardelijk verplicht de eigendom over te dragen, maar is tevens onvoorwaardelijk verplicht ter uitvoering van die voorwaardelijke verbintenis terstond de handelingen te verrichten die nodig zijn om meteen een overdracht te bewerkstelligen, als gevolg waarvan de koper door vervulling van de voorwaarde terstond (onvoorwaardelijk) eigenaar wordt van de verkochte zaak. Deze benadering komt ook in de parlementaire geschiedenis tot uitdrukking, waar de doorwerking van een aan de titel verbonden voorwaarde in de rechtsgevolgen van de overdracht wordt uitgelegd:

‘Het causale stelsel van overdracht brengt immers met zich mee dat (...) de overdracht op grond van de voorwaarden van de voorwaardelijke titel slechts onder dezelfde voorwaarden geschiedt. Ik verwijs in dit verband naar artikel 3.4.2.2., vierde lid [art. 3:84 lid 4 BW; toevoeging EFV].’²⁸

Anders dan veelal in de literatuur wordt aangenomen, belet de omstandigheid dat aan de verbintenis die de titel tot overdracht vormt een opschortende voorwaarde is verbonden derhalve niet dat terstond een overdracht wordt gerealiseerd. Dat artikel 3:84 lid 4 BW slechts geschreven zou zijn voor de ontbindende voorwaarde, strookt niet met het feit dat aan het Nederlandse recht een uniforme regeling van de voorwaardelijke beschikking ten grondslag ligt, die geen onderscheid maakt al naar gelang sprake is van een opschortende of ontbindende voorwaarde.²⁹ Bovendien blijkt op geen enkele wijze uit de tekst of toelichting van de bepaling dat artikel 3:84 lid 4 BW slechts een zodanig beperkt toepassingsbereik zou hebben. Integendeel, op verscheidene plaatsen wordt artikel 3:84 lid 4 BW juist nadrukkelijk in verband gebracht met de overdracht onder opschortende voorwaarde, het eigendomsvoorbehoud en de verbintenis onder opschortende voorwaarde.³⁰

Deze systematiek, waarbij de opschortende voorwaarde niet belet dat terstond een overdracht wordt gerealiseerd, ligt *mutatis mutandis* ook aan het Duitse en Oostenrijkse recht ten grondslag. Hoewel het Duitse recht een abstract stelsel van eigendomsoverdracht kent en het Oostenrijkse recht de voorwaarde verbindt aan de goederenrechtelijke overeenkomst, wordt namelijk in beide rechtssystemen op vergelijkbare wijze aangenomen dat de opschortende voorwaarde die wordt verbonden aan een van de vereisten voor overdracht, niet belet dat terstond een beschikking wordt gerealiseerd, waarvan de werking is uitgesteld door de opschortende voorwaarde.

²⁸ V.C. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1235.

²⁹ Vgl. Stolz 2015, p. 940-941.

³⁰ Zie bijv. M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388, M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 814 en T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 152.

De overdracht van roerende zaken vereist naar Duits recht *Einigung* en *Übergabe* (§ 929 BGB). De *Einigung* wordt begrepen als de wilsovereenstemming tussen partijen dat de eigendom zal overgaan, terwijl onder *Übergabe* de verschaffing van de feitelijke macht wordt verstaan, waarbij de vervreemder ophoudt de zaak voor zichzelf te houden en de verkrijger aanvangt de zaak voor zichzelf te houden.³¹ Aangezien de *körperliche Übergabe* door een overwegende meerderheid niet wordt beschouwd als een rechtshandeling en dus niet voorwaardelijk kan worden verricht, resteert de constructie van het eigendomsvoorbehoud als een opschortende voorwaarde die is verbonden aan de *Einigung*.³² De omstandigheid dat aan dit vereiste voor overdracht een voorwaarde wordt verbonden, heeft echter niet tot gevolg dat vooralsnog geen beschikking (*Verfügung*) tot stand komt, maar leidt er integendeel juist toe dat de aan de goederenrechtelijke overeenkomst verbonden voorwaarde doorwerkt in de beschikking, in die zin dat de beschikking wel degelijk direct tot stand komt, zij het dat het rechtsgevolg door de opgeschorte werking van de *Einigung* is uitgesteld. Ook naar Duits recht komt de beschikking, ondanks de opgeschorte werking van een van de overdrachtsvereisten (*Einigung*) derhalve terstond tot stand.³³ Aldus werkt de aan de *Einigung* verbonden voorwaarde op vergelijkbare wijze als de in het Nederlandse recht aan de verbintenis tot overdracht verbonden voorwaarde door in de overdracht: er wordt terstond een overdracht gerealiseerd onder dezelfde voorwaarde. De opgeschorte werking van de *Einigung* verzet zich dus geenszins tegen het terstond realiseren van een beschikking onder diezelfde voorwaarde.

31 Wieling 2006, p. 291-302, Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 42-43, p. 638-644, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 308 en p. 319, Staudinger/Wiegand 2017, § 929 BGB, Rn. 9 en Rn. 45 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 22-26 en Rn. 53. In het geval van een eigendomsvoorbehoud is deze definitie van de *Übergabe* niet geheel onproblematisch, aangezien de koper gedurende de periode van onzekerheid houder (*Fremdbesitzer*) is en de zaak dus niet voor zichzelf houdt. Zie daarover nader in paragraaf 4.8.3.1, alwaar zal blijken dat dit uiteindelijk geen probleem is, omdat het Duitse recht uiteindelijk een veel meer feitelijke invulling aan het *Übergabe*-vereiste geeft.

32 Soergel/Mühl 1991, § 455 BGB, Rn. 3, Soergel/Henssler 2002, § 929 BGB, Rn. 39, Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 639, Erman/Michalski 2011, § 929-931, Rn. 7-7a, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 316 en p. 353-355, Bülow 2012, p. 233, HKK-BGB/Ernst 2013, § 449 BGB, Rn. 11 (Ernst 1992, p. 76 noemt het eigendomsvoorbehoud daarentegen als een voorbeeld van een voorwaardelijke *traditio brevi manu*), Palandt/Bassenge 2014, § 929 BGB, Rn. 4, Bamberger & Roth/Kindl 2015, § 929 BGB, Rn. 11 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 13. Door Wolff & Raiser 1957, p. 238 lijkt daarentegen te worden aangenomen dat zowel *Einigung* als *Übergabe* voorwaardelijk zijn. In de Nederlandse literatuur wordt deze constructie door sommigen wel getypeerd als een voorwaardelijke levering. Zo bijv. Nieskens-Ispording 1996, p. 65 en Stolz 2015, p. 939, p. 944 en ook p. 993. Daarvan is echter geen sprake. Zo men de Duitse vereisten voor overdracht al zou willen uitleggen in termen van het Nederlandse recht, ligt het bepaald niet voor de hand om de *Einigung* te beschouwen als de Duitse pendant van de Nederlandse levering. De *Einigung* vervult in het Duitse recht namelijk de functie die in het Nederlandse recht de titel inneemt: zij rechtvaardigt dat de eigendom overgaat. Het *Übergabe*-vereiste fungeert als leveringsvereiste. De verwarring wordt mogelijk veroorzaakt door het feit dat in de Nederlandse literatuur de figuur van de goederenrechtelijke overeenkomst, waarvoor niet zelden inspiratie wordt geput uit de Duitse *Einigung*, wordt beschouwd als onderdeel van het leveringsvereiste van artikel 3:84 lid 1 BW. Bedacht moet echter worden dat de *Einigung* in de Duitse systematiek geen leveringsvereiste is, maar een vereiste voor overdracht. Anders: Peter 2007, p. 10, die opmerkt dat de zakelijke overeenkomst in het Duitse recht een centrale plaats inneemt bij de levering van roerende zaken.

33 Serick 1963, p. 411-414, Braun 1980, p. 57, Staudinger/Bork 2015, § 158 BGB, Rn. 18, MünchKomm-BGB/Westermann 2015, § 161 BGB, Rn. 1 en Staudinger/Bork 2015, § 161 BGB, Rn. 3. Vgl. ook MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 42 die opmerkt dat de *Tatbestand* van § 929 BGB met de *Übergabe* 'vullendet' is, ook als een voorwaarde is verbonden aan de *Einigung*.

Voor het Oostenrijkse recht geldt vergelijkbaars.³⁴ Ook daar belet de opgeschorte werking van de *Einigung* niet dat terstond een overdracht tot stand komt. Slechts de werking van de overdracht is uitgesteld. Gelet op deze systematiek verwondert de hiervoor gememoreerde opvatting in de Oostenrijkse literatuur dat een aan de titel verbonden voorwaarde zou beletten dat terstond een overdracht tot stand zou komen, omdat de titel nog geen werking heeft.³⁵ Het valt namelijk niet goed in te zien waarom een aan de goederenrechtelijke overeenkomst verbonden voorwaarde niet zou beletten dat terstond een overdracht tot stand komt, terwijl dit bij een voorwaardelijke titel wel het geval zou zijn. Wanneer de overdracht ondanks de opgeschorte werking van de goederenrechtelijke overeenkomst terstond tot stand komt, zou hetzelfde moeten gelden voor een aan de titel verbonden voorwaarde.³⁶

4.3.2 *De onmogelijkheid om voor vervulling van de voorwaarde te presteren*

De opgeschorte werking van de verbintenis tot overdracht staat dus niet in de weg aan het terstond realiseren van de overdracht, waarvoor de voorwaardelijke verbintenis als titel fungeert. Uit artikel 6:25 BW kan niets anders worden afgeleid. Ook hier dient – zo blijkt uit de toelichting – een onderscheid te worden gemaakt tussen het geval waarin vanwege de opgeschorte werking van de verbintenis de wederpartij nog nergens toe verplicht is en het geval dat ‘partijen zich bij het geven van het goed bewust zijn van het nog niet vervuld zijn van de voorwaarde en naar hun bedoeling ook het geven onder dezelfde opschortende voorwaarde geschiedt.’³⁷ In het laatstgenoemde geval is volgens de toelichting sprake van een afwijking van de regel van artikel 6:25 BW, waarbij wordt verwezen naar artikel 3:84 lid 4 BW. Ook hier komt het derhalve aan op de reikwijdte van de voorwaardelijkheid, die afhankelijk is van hetgeen partijen zijn overeengekomen.

De tekst van artikel 6:25 BW ondersteunt bovendien de hier verdedigde opvatting dat de opgeschorte werking van de verbintenis op zichzelf niet in de weg staat aan het terstond realiseren van de overdracht. Op grond van artikel 6:25 BW kan hetgeen verricht is ter uitvoering van een verbintenis onder opschortende voorwaarde namelijk *overeenkomstig de regels van onverschuldigde betaling* worden teruggevorderd vóór vervulling van de voorwaarde. De noodzaak om hier een aparte regel te geven is ingegeven door het feit dat de regels van onverschuldigde betaling niet direct van toepassing zijn. Daaruit kan worden afgeleid dat de voorwaardelijke titel, bij gebreke van artikel 6:25 BW, ook in de visie van de wetgever

34 Zie Klang/Gschnitzer 1968, § 900 ABGB, p. 321-322, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 374-375, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 25, Rummel/Spielbüchler 2000, § 357-360 ABGB, Rn. 5, Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 44 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063, ABGB, Rn. 18.

35 Zie ook Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB, Rn. 18 die aanneemt dat de overdrachtstitel ‘teilweise bedingt’ is, maar daaraan de conclusie lijkt te verbinden dat de overdracht pas tot stand komt op de moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.

36 Treffend komt deze tegenstrijdigheid tot uitdrukking bij Iro 2016, p. 131: ‘Ist das Titelgeschäft aufschiebend bedingt, so wirkt sich dies auch auf die Übertragung des Eigentums aus. Zu beachten ist, dass beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nicht der Titel, sondern das Verfügungsgeschäft bedingt ist.’

37 T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 152.

wel degelijk een afdoende rechtsgrond zou vormen die de voorwaardelijke overdracht rechtvaardigt. Indien dat anders zou zijn, zou artikel 6:25 BW namelijk overbodig zijn en zou artikel 6:203 BW rechtstreeks toepasselijk zijn.

Uit de tekst en toelichting van artikel 6:25 BW blijkt derhalve ook dat de voorwaardelijkheid van een verbintenis niet aan het terstond verrichten van die prestatie in de weg staat, indien partijen beogen dat de prestatie onder dezelfde voorwaarde wordt verricht. Er is dan sprake van de tweede variant van de voorwaardelijke verbintenis tot overdracht, zoals hiervoor getypeerd.³⁸ In een dergelijk geval wijken partijen af van de regel van artikel 6:25 BW, omdat partijen juist willen bewerkstelligen dat de aan de verbintenis verbonden voorwaarde doorwerkt in de te verrichten prestatie. De omstandigheid dat de verbintenis onder opschortende voorwaarde nog geen werking heeft, staat derhalve niet aan een voortijdig presteren in de weg, wanneer de prestatie onder dezelfde voorwaarde geschiedt. Hartkamp en Sieburgh achten een zodanige systematiek echter weinig verhelderend:

‘Men kan zich onder opschortende voorwaarde verbinden, maar men kan niet onder opschortende voorwaarde de toegezegde prestatie verrichten. Men verricht haar of men verricht haar niet.’³⁹

Voor feitelijke prestaties is deze benadering volstrekt juist: een wasmachine kan niet onder opschortende voorwaarde worden gerepareerd. Voor prestaties die onder dezelfde voorwaarde kunnen worden verricht, geldt dat echter niet.⁴⁰ Een overdracht kan zonder moeilijkheden geschieden onder dezelfde voorwaarde als die aan de verbintenis is verbonden.

Hieruit blijkt dat artikel 6:25 BW voor een nogal bijzonder geval is geschreven, waarin partijen met de opgeschorte werking van de verbintenis voor ogen hadden dat de prestatie pas ná vervulling van de voorwaarde zou worden verricht (de eerste variant van de verbintenis onder opschortende voorwaarde),⁴¹ maar de prestatie desondanks reeds voor vervulling van de voorwaarde is verricht. Met andere woorden: artikel 6:25 BW heeft betrekking op de situatie waarin de schuldenaar abusievelijk presteert voor het intreden van de voorwaarde, bijvoorbeeld omdat hij in de veronderstelling verkeert dat de voorwaarde reeds is ingetreden.⁴² Dat het bij artikel 6:25 BW gaat om een abusievelijk presteren, blijkt uit de omstandigheid dat in een bewust presteren vóór vervulling van de voorwaarde een afwijking van artikel 6:25 BW besloten zou liggen. Steun voor deze beperkte strekking van artikel 6:25 BW biedt ook § 1434 ABGB, waarnaar in de Toelichting-Meijers bij artikel 6:25 BW wordt verwezen. Op grond van § 1434 ABGB is bij een onzekere

38 Zie paragraaf 4.3.1.

39 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 188. Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 188. Elders (Hartkamp 2005, p. 111) lijkt Hartkamp de levering ter uitvoering van een opschortend voorwaardelijke verbintenis daarentegen wel degelijk voor mogelijk te houden.

40 Stolz 2015, p. 269 en p. 273.

41 Zie paragraaf 4.3.1.

42 Zie uitgebreid Stolz 2015, p. 254-283.

schuld namelijk slechts terugvordering van het onverschuldigd betaalde mogelijk, indien de schuldenaar heeft gedwaald ten aanzien van het onzekere karakter van de schuld.⁴³

4.4 Voorwaardelijkheid van de levering

In de literatuur wordt ook verdedigd dat de constructie van het eigendomsvoorbehoud moet worden verklaard aan de hand van een opschortende voorwaarde die wordt verbonden aan de levering.⁴⁴ Vaak wordt echter niet geëxpliciteerd wat met de voorwaardelijkheid van de levering precies wordt bedoeld. Bovendien kan niet worden uitgesloten dat deze constructie bij een aantal auteurs het gevolg is van de verwarring die bestaat over de begrippen levering en overdracht.⁴⁵

Deze verwarring is een gevolg van het feit dat de term levering onder vigore van het Oud BW niet alleen werd gebruikt voor de handelingen die nodig zijn om de rechtsovergang te bewerkstelligen maar ook voor de daardoor bewerkstelligde resultaat, namelijk de rechtsovergang. Het begrip levering had daarmee gedeeltelijk ook de betekenis van het begrip overdracht in de terminologie van het huidige wetboek.⁴⁶ Deze verwarring wordt nog verder gevoerd door de parlementaire geschiedenis, waarin de termen levering en overdracht – in ieder geval in de Toelichting-Meijers – niet scherp worden onderscheiden.⁴⁷ Evenmin verhelderend is de omstandigheid dat een deel van de literatuur onder het begrip levering niet alleen de uitvoeringshandeling begrijpt die nodig is om een

43 Rummel/Rummel 2000, § 1434 ABGB, Rn. 1 en R. Welser & B. Zöchling-Jud, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II*, Wien: MANZ'sche 2015, p. 469. Daarbij dient wel bedacht te worden dat het Oostenrijkse recht, anders dan het Nederlandse recht, dwaling over de verschuldigdheid sowieso als eis stelt voor een aanspraak uit onverschuldigde betaling. Aangezien in de Toelichting-Meijers desalniettemin verwezen wordt naar § 1434 ABGB, lijkt daaruit niets anders te kunnen worden afgeleid dan dat deze (additionele) eis wel geldt voor artikel 6:25 BW. Dat strookt met de uitvoerige bevindingen van Stolz 2015, p. 254-283.

44 Schoordijk 1959, p. 15, Mijnsen 1983, p. 348, Mijnsen & Schut 1984, p. 58-59, Bakels 1984, p. 481-482 en F.B. Bakels, 'Naschrift', *WPNR* 1985 (5724), p. 26, Schoordijk 1986, p. 275 en p. 306-308, Nieskens-Isphording 1996, p. 65, Peter 2007, p. 139-140, Struycken 2007, p. 553 en Heyman & Bartels 2017, p. 260. Zie ook Stolz 2015, p. 994, zij het aarzeland. Volgens hem heeft voorwaardelijkheid van de levering, in het bijzonder de goederenrechtelijke overeenkomst de beste papieren, maar biedt geen enkele constructie een volledige verklaring voor alle aspecten van de goederenrechtelijke werking (zie i.h.b. Stolz 2015, p. 1019). Daarnaast zijn er auteurs die de voorwaardelijke levering naast andere constructies voor mogelijk houden. Zo leiden een levering op basis een voorwaardelijke verbintenis en een voorwaardelijke levering op grond van een onvoorwaardelijke verbintenis volgens Hartkamp 2005, p. 111 tot hetzelfde rechtsgevolg. In gelijke zin: Rank-Berenschot 1992, p. 229-230. Zie ook Hijma & Olthof 2014, p. 96 (die ook nog de mogelijkheid van een voorwaardelijke goederenrechtelijke gerechtigdheid noemen). Snijders (Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 413) lijkt zowel de mogelijkheid van een voorwaardelijke verbintenis als een voorwaardelijke levering te erkennen. Uit diens opmerkingen lijkt te moeten worden afgeleid dat hij ervan uitgaat dat zowel aan de verbintenis die de titel vormt als aan de levering een voorwaarde wordt verbonden. Vgl. ook in die richting Fesevur 2005, p. 240.

45 Faber 2007, p. 37.

46 Scheltema 2003, p. 312, voetnoot 17, Faber 2007, p. 39-40 en Reehuis 2010, nr. 5.

47 In de Toelichting-Meijers worden de begrippen levering en overdracht soms door elkaar gebruikt. Later is men deze begrippen scherp gaan onderscheiden. Zie M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 308. Zie Mijnsen & Schut 1984, p. 62 en de literatuur genoemd in de vorige voetnoot. Stolz 2015, p. 927 meent daarentegen dat waar overdracht wordt bedoeld in de Toelichting-Meijers, altijd levering in de huidige betekenis van dit begrip is bedoeld. Ik heb daarvoor geen aanknopingspunten kunnen vinden. Veeleer werden de begrippen levering en overdracht door elkaar gebruikt. Zie bijv. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 318, alwaar wordt gesproken van een levering onder voorwaarde terwijl in T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 185 van een overdracht onder voorwaarde wordt gesproken, zonder dat daarmee andere figuren lijken te worden bedoeld. Zie ook de *Notulen van de op 20 september 1951 ten huize van Prof. Meijers gehouden vergadering*, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 1738, waar Meijers opmerkt: 'De begripsmatig juiste onderscheiding der termen levering, aflevering,

overdracht te bewerkstelligen, maar tevens de op overdracht gerichte wilsovereenstemming (de zgn. goederenrechtelijke overeenkomst), zonder dat deze twee aspecten altijd even scherp uiteen worden gehouden. Om verwarring te voorkomen, wordt in het navolgende de door de wet voorschreven uitvoeringshandeling die nodig is om een overdracht te bewerkstelligen, aangeduid als leveringshandeling.

4.4.1 Voorwaardelijke leveringshandeling

Wanneer met de voorwaardelijkheid van de levering wordt bedoeld op de leveringshandeling, dat wil bij roerende zaken zeggen: de bezitsverschaffing van artikel 3:90 BW,⁴⁸ moet deze constructie worden verworpen. Zo een dergelijke constructie al mogelijk is, waarvoor men dient te aanvaarden dat bezit voorwaardelijk kan worden verschaft,⁴⁹ heeft zij niet het gewenste effect.

Hier wreekt zich de omstandigheid dat de leveringshandeling een bijzondere karakters trek heeft, omdat het resultaat van die handeling onderdeel is van het leveringsvereiste zelf. De levering heeft daardoor pas plaatsgevonden als het resultaat van die leveringshandeling is bereikt. Zo is voor de levering van roerende zaken niet voldoende dat de zaak aan de koper wordt overhandigd, maar is eveneens vereist dat de overhandiging erin resulteert dat de koper bezitter wordt. Dit betekent dat de bezitsverschaffing van een roerende zaak pas heeft plaatsgevonden op het moment dat het resultaat van die overhandiging, namelijk de bezitsverschaffing, ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

Of anders gezegd: aangezien het resultaat van de levering – het verschaft bezit – onderdeel uitmaakt van de voltooiing van de leveringshandeling, kan nog niet gesproken worden van een voltooide leveringshandeling, zolang het resultaat van die handeling is uitgebleven. Om deze reden is het bij de leveringseis van bezitsverschaffing niet mogelijk om een scheiding aan te brengen tussen de totstandkoming van de leveringshandeling en het daaruit voortspruitende gevolg, aangezien de levering pas daadwerkelijk tot stand is gekomen op het moment dat het gevolg ook is ingetreden. Als partijen de werking van de leveringshandeling derhalve door een opschortende voorwaarde uitstellen, heeft dit tot gevolg dat de leveringshandeling in werkelijkheid nog niet heeft plaatsgevonden. Bij een

overdracht enz. moet voor het hele ontwerp nog nader bestudeerd worden.’ Zie ook de notitie van W. Snijders d.d. 22 februari 1983 in het kader van de voorbereiding van de Invoeringswet, p. 3 (te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 657), die over de constructie van de voorwaardelijke levering opmerkt dat sprake is ‘van een misverstand, omdat het in wezen gaat om een voorwaardelijke “overdracht”, zoals gezegd in Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 145’ en dat de andersluidende passages ‘komen uit de groene boeken van Boek 3 en Boek 6, waar het onderscheid tussen overdracht en levering nog niet scherp onder ogen was gezien.’ Dat de wetgever nadien een scherp onderscheid is gaan maken tussen de begrippen levering en overdracht betekent overigens niet dat vervolgens ook altijd de juiste term is gehanteerd. Zo wordt in de M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1238 opgemerkt dat bij het eigendomsvoorbehoud sprake zou zijn van een levering onder opschortende voorwaarde. Dit berust, gelet op hetgeen aldaar verder te lezen valt, overduidelijk op een verschrijving. Op die plaats keert de wetgever zich namelijk uitdrukkelijk tegen de constructie van het eigendomsvoorbehoud als een voorwaardelijke levering, omdat twijfelachtig zou zijn of de positie van de koper in een zodanig geval wel faillissementsbestendig is.

48 De visie dat sprake zou zijn van een voorwaardelijke leveringshandeling gaat steeds gepaard met het betwisten van het bestaansrecht van art. 3:91 BW, omdat de bezitsverschaffing onder voorwaarde toereikend zou zijn. Zie nader paragraaf 4.8.3.2. Bij mijn weten wordt door niemand verdedigd dat de machtsverschaffing van art. 3:91 BW voorwaardelijk zou (kunnen) zijn.

49 Zie ook hierna in paragraaf 4.8.3.2 over de bezitsverschaffing onder opschortende voorwaarde.

bezitsverschaffing onder opschortende voorwaarde blijkt dit duidelijk uit de omstandigheid dat de vervreemder in een zodanig geval gedurende de periode van onzekerheid nog bezitter is, zodat niet gezegd kan worden dat het bezit al aan de verkrijger is verschaft. De strekking van de opschortende voorwaarde is immers dat het bezit pas overgaat op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. De leveringshandeling is dan pas voltooid op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat en de verkrijger bezitter wordt.

Daaruit blijkt dat de voorwaardelijkheid van de leveringshandeling in de weg staat aan de totstandkoming van de overdracht voor het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.⁵⁰ Omdat een overdracht pas tot stand kan komen als (volledig) aan de leveringseis is voldaan, komt hoogstens een overdracht tot stand op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Het ontbreken van het voltooien van de leveringshandeling belet aldus dat reeds een overdracht wordt gerealiseerd.⁵¹ Met een voorwaardelijke leveringshandeling kan dus in het geheel geen voorwaardelijke overdracht tot stand worden gebracht. Hieruit blijkt dat het verrichten van de leveringshandeling een vereiste is dat vervuld moet zijn, alvorens überhaupt een overdracht tot stand kan komen en geen figuur is aan de hand waarvan de rechtsgevolgen van de overdracht kunnen worden gemodelleerd.⁵²

De omstandigheid dat de voorwaardelijkheid van de leveringshandeling belet dat reeds een voorwaardelijke overdracht wordt bewerkstelligd, heeft vergaande consequenties.⁵³ De verkoper is onvoorwaardelijk eigenaar gebleven en kan de eigendomsverkrijging door de koper doen mislukken door de zaak in de tussentijd aan een ander over te dragen,⁵⁴ bijvoorbeeld door middel van een onvoorwaardelijke overdracht die gepaard gaat met een levering c.p. of *longa manu*.⁵⁵ Het enkele feit dat de verkoper reeds voorwaardelijk heeft geleverd aan de koper maakt hem immers niet beschikkingsonbevoegd.⁵⁶ Gedurende de periode van onzekerheid is hij eigenaar en bezitter en kan hij de zaak vervreemden aan een

50 Vgl. Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006, nr. 222: 'Is de leveringshandeling zelf onder opschortende voorwaarde verricht, dan staat partijen bij de levering voor ogen dat deze rechtshandeling pas gevolg zal hebben bij vervulling van de voorwaarde. (...) Gaat de voorwaarde in vervulling, dan heeft de levering op het tijdstip van de vervulling werking, waardoor de overdracht tot stand komt.' Zo ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 242, die echter genoeg lijken te nemen met beschikkingsbevoegdheid op het moment van het verrichten van de leveringshandeling, hetgeen zich niet verdraagt met de omstandigheid dat de overdracht pas tot stand komt op het moment dat de aan de leveringshandeling verbonden voorwaarde in vervulling gaat. Juister is dan ook de benadering van Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 415, waar over 'bezitsverschaffing onder opschortende voorwaarde' wordt opgemerkt: 'Is de vervreemder bij het intreden der voorwaarde in dit geval niet beschikkingsbevoegd, dan zal de overdracht aan de verkrijger achterwege blijven omdat niet aan de eis van beschikkingsbevoegdheid ten tijde van de voltooiing der levering voldaan is.' Zo ook Faber 2000, p. 181-182, Faber 2007, p. 39 en Rongen 2014, p. 303-304.

51 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1237-1238.

52 Vgl. Faber 1997, p. 214, Scheltema 2003, p. 248-250, p. 272 en p. 315 en Stolz 2015, p. 927, p. 949 en p. 996.

53 Zie voor een overzicht Reehuis 2013, nr. 21. Zie voor Oostenrijk Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 46-47, waar hij de constructie waarbij terstond een levering plaatsvindt vergelijkt met het geval waarin sprake zou zijn van een uitgestelde *traditio brevi manu*.

54 Scheltema 2003, p. 323-325, i.h.b. voetnoot 21. Vgl. ook Suijling 1940, nr. 248.

55 Zie voor Oostenrijk Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 52.

56 Suijling 1940, nr. 253. Zie ook Scheltema 2003, p. 279 en p. 324, voetnoot 21, die terecht opmerkt dat de goederenrechtelijke wilsbinding hier eventueel te hulp zou kunnen te schieten als verklaring voor de goederenrechtelijke werking tussen partijen, maar dat deze figuur tekortschiet waar het aankomt op de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden.

derde. Vanwege het feit dat de leveringshandeling aan de koper nog niet is voltooid, staat een tussentijds ingetreden faillissement van de verkoper bovendien aan voltooiing van de overdracht in de weg (art. 23 Fw en art. 35 Fw).⁵⁷ Ook heeft de uitgestelde werking van de leveringshandeling tot gevolg dat het toetsmoment van de goede trouw bij beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder (art. 3:86 BW) wordt verlegd naar het moment van intreden van de voorwaarde.⁵⁸

Juist vanwege deze redenen heeft de wetgever de figuur van de voorwaardelijke leveringshandeling uitdrukkelijk verworpen bij het eigendomsvoorbehoud: de wetgever wilde met artikel 3:91 BW juist bewerkstelligen dat de positie van de koper faillissementsbestendig is. Daarvoor is een onvoorwaardelijke leveringshandeling noodzakelijk, omdat alleen daardoor de levering terstond voltooid is, zodat direct een overdracht tot stand kan komen.⁵⁹ De wetgever voelde zich daarom genoodzaakt een afzonderlijke leveringsbepaling op te nemen voor het eigendomsvoorbehoud, althans de overdracht onder opschortende voorwaarde, teneinde het mogelijk te maken dat de levering bij het eigendomsvoorbehoud

57 Nieskens-Ispording 1988, p. 298, Kortmann 1992, p. 208, Faber 1997, p. 208-212, Faber 2000, p. 181-182, Scheltema 2003, p. 324, voetnoot 21, Faber 2007, p. 39, Reehuis 2010, nr. 105, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 415, Reehuis 2013, nr. 21, Abendroth 2013, p. 320-321 (althans, voor zover zijn betoog betrekking heeft op de leveringshandeling), Rongen 2014, p. 303 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 527. De parlementaire geschiedenis is op dit punt iets voorzichtiger. Zie M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1237, waar te lezen valt dat de faillissementsbestendigheid van deze onvoltooide levering 'tweifelachtig' is. Anders: Van Swaaij 2000, p. 54-57 en p. 242-243 (zie over diens opvatting nog hierna in par. 4.8.3.2) en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 242. Fataal is hier zowel het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid op het moment dat de leveringshandeling – door vervulling van de voorwaarde – wordt voltooid, alsook de omstandigheid dat de levering voordien nog niet voltooid is. Zoals in de hoofdtekst is uiteengezet, kan namelijk niet goed worden volgehouden dat de leveringshandeling al voltooid zou zijn door bezitsverschaffing onder voorwaarde, terwijl de koper het bezit pas verkrijgt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Pas door de daadwerkelijke bezitsverkrijging heeft de bezitsverschaffing namelijk plaatsgevonden. Vergelijkbaars wordt aangenomen in het Duitse recht. Zie paragraaf 4.8.3.2.

58 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1238 en de in de vorige noot genoemde literatuur. Zie voor Oostenrijk Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 54.

59 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1237. Zie ook HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), rov. 4.2.2 alwaar hij overweegt dat 'de wetgever ter zake van een overdracht onder eigendomsvoorbehoud een systeem voor ogen heeft gestaan waarin deze overdracht – behoudens afwijkend beding – wordt aangemerkt als een overdracht onder opschortende voorwaarde, waarbij de levering van de desbetreffende roerende zaken is voltooid op het moment dat de zaken in de macht van de verkrijger zijn gebracht.' In de eerdere parlementaire geschiedenis zijn aanknopingspunten te vinden voor de gedachte dat de wetgever, althans Meijers, uitging van een levering onder voorwaarde. Zie het meest duidelijk T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 318. Voorzichtigheid is echter geboden, omdat veelal niet duidelijk wordt of met levering niet overdracht wordt bedoeld, aangezien men deze begrippen niet duidelijk placht te onderscheiden. Zie bijv. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 185-186, alwaar wordt gesproken van een overdracht onder voorwaarde. Zie ook de opmerkingen van Faber 1997, p. 209, voetnoot 90, Scheltema 2003, p. 312, voetnoot 17 en Faber 2007, p. 39, voetnoot 15. Wat hiervan ook zij, de wetgever heeft in een later stadium buiten twiifel gesteld dat sprake is van een overdracht onder voorwaarde (zie bijv. M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388 en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 145) en heeft zich in het kader van het eigendomsvoorbehoud nadrukkelijk gekeerd tegen de gedachte van een voorwaardelijke levering (M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1237-1238). Anders: Peter 2007, p. 140 en Stolz 2015, p. 927-931, i.h.b. p. 929. Laatstgenoemde gaat ervan uit dat waar overdracht is geschreven, levering wordt bedoeld omdat anders sprake zou zijn van een toumure bij de wetgever. Dat is niet het geval. Veeler werd in de oudere parlementaire geschiedenis niet onderscheiden tussen de levering als handeling en de bewerkstelligde rechtsovergang, terwijl dit later in de parlementaire geschiedenis wel is gedaan. Zie ook hiervoor in voetnoot 47.

terstond onvoorwaardelijk kan geschieden.⁶⁰ Samenvattend kan daarmee worden vastgesteld dat de voorwaardelijkheid van de leveringshandeling geen verklaring kan bieden voor de constructie van het eigendomsvoorbehoud.

4.4.2 Voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst

Indien men daarentegen aanneemt dat de levering naast de leveringshandeling ook bestaat uit de op overdracht gerichte wilsovereenstemming van partijen (de goederenrechtelijke overeenkomst) dan is de constructie van het eigendomsvoorbehoud als een voorwaardelijke levering niet ondenkbaar. Noodzakelijk is daarvoor dat men aanvaardt dat de machtsverschaffing als onvoorwaardelijke leveringshandeling correspondeert met een voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst.⁶¹ Weliswaar wijst niets erop dat de wetgever een dergelijke constructie voor ogen stond – zoals hiervoor is uiteengezet lijkt de wetgever uit te gaan van een voorwaardelijke verbintenis tot overdracht – maar dat neemt niet weg dat een dergelijke constructie voor mogelijk moet worden gehouden.

Wanneer men namelijk bedenkt dat de goederenrechtelijke overeenkomst in zekere zin een duplicering van de titelis inhoudt, zij het dat de goederenrechtelijke overeenkomst tot stand komt op het moment van het verrichten van de leveringshandeling, zou dezelfde systematiek moeten gelden voor de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst als voor de voorwaardelijke titel.⁶² Indien namelijk, zoals hier, wordt aanvaard dat de voorwaardelijkheid van de titel niet belet dat reeds terstond een overdracht tot stand wordt gebracht, maar juist tot gevolg heeft dat de aan de titel verbonden voorwaarde doorwerkt in de overdracht, in die zin dat een overdracht onder opschortende voorwaarde wordt gerealiseerd, valt niet goed in te zien waarom een dergelijk effect niet ook door middel van een voorwaardelijke levering in de zin van een op overdracht gerichte wilsovereenstemming onder opschortende voorwaarde zou kunnen worden bereikt.

In een zodanige systematiek werkt de aan de goederenrechtelijke overeenkomst verbonden voorwaarde door in de overdracht, als gevolg waarvan terstond een overdracht onder opschortende voorwaarde wordt gerealiseerd.⁶³ Aldus resulteert een levering onder opschortende voorwaarde in een overdracht onder dezelfde voorwaarde. De hiervoor genoemde bezwaren tegen de voorwaardelijke leveringshandeling gelden niet voor de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst, omdat de voorwaardelijkheid van de goederenrechtelijke overeenkomst niet belet dat reeds aan de vereisten voor overdracht wordt voldaan, maar integendeel tot gevolg heeft dat de voorwaarde doorwerkt in de terstond gerealiseerde overdracht. Anders dan bij een voorwaardelijke leveringshandeling het geval is, kan bij een voorwaardelijk goederenrechtelijke overeenkomst namelijk wel een

60 Verstijlen 2007, p. 825, Reehuis 2013, nr. 21, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 239, Abendroth 2013, p. 320-321, Rongen 2014, p. 303 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 528. Ten onrechte brengt de Hoge Raad art. 3:91 BW dan ook in verband met een voorwaardelijke levering in HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 506 (*Turkse verlovings*), rov. 3.4.2. Hoogstwaarschijnlijk spreekt hij daar abusievelijk van levering waar overdracht wordt bedoeld. Zie Faber 2007, p. 40, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 132, voetnoot 80, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 239 en Stolz 2015, p. 991, voetnoot 331.

61 Vgl. Rank-Berenschot 1992, p. 229.

62 Zo ook Hartkamp 2005, p. 111.

63 In die richting ook Peter 2007, p. 139.

scheiding worden aangebracht tussen de totstandkoming van de levering en het daaruit voortvloeiende rechtsgevolg. Ook artikel 23 Fw en artikel 35 Fw staan hieraan niet in de weg, omdat de overdracht terstond (zij het onder opschortende voorwaarde) tot stand komt. Op dat moment is voldaan aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid, terwijl de leveringshandeling – waarop artikel 35 Fw betrekking heeft – terstond is voltooid,⁶⁴ omdat zij onvoorwaardelijk wordt verricht overeenkomstig artikel 3:91 BW.⁶⁵

4.5 Voorwaardelijkheid van de overdracht

Tot slot wordt een derde variant verdedigd, waarbij sprake is van een onvoorwaardelijke levering ter uitvoering van een onvoorwaardelijke verbintenis die strekt tot overdracht onder opschortende voorwaarde.⁶⁶ In deze visie vloeit de

64 Zo ook M.M.G.B. van Drunen, 'Faillissement bij levering onder opschortende voorwaarde', *WPNR* 2013 (6959), p. 54, die de situatie schetst van een terstond voltooide leveringshandeling, maar een desalniettemin voorwaardelijke levering, zodat de voorwaardelijkheid wel betrekking moet hebben op de op overdracht gerichte wilsovereenstemming, die onderdeel uitmaakt van de levering. Zijn betoog is echter in zoverre onvolledig, omdat hij daaraan niet de conclusie verbindt dat terstond ook een overdracht onder dezelfde voorwaarde tot stand komt. Deze doorwerking wordt eveneens over het hoofd gezien door Abendroth 2013, p. 320 die meent dat de voorwaardelijkheid van de levering belet dat een overdracht tot stand komt.

65 Men zou zich kunnen afvragen wat rechtens is indien het eigendomsvoorbehoud bij de levering eenzijdig wordt afgedwongen door de verkoper, waarvoor in het Duitse en Oostenrijkse recht veel aandacht bestaat. Indien men aanvaardt dat een overdracht onder eigendomsvoorbehoud niet enkel kan worden bewerkstelligd door middel van een aan de titel verbonden voorwaarde, maar tevens door een aan de op overdracht gerichte wilsovereenstemming verbonden voorwaarde, is denkbaar dat het eigendomsvoorbehoud niet is opgenomen in de koopovereenkomst maar de verkoper bij de levering alsnog verklaart dat hij enkel bereid is tot overdracht onder voorwaarde van voldoening van de tegenprestatie. Daarbij verdient opmerking dat niet gauw situaties voorstelbaar zijn waarin het in ontvangst nemen van de zaak door de koper niet tevens moet worden begrepen als het (alsnog) aanvaarden van het eigendomsvoorbehoud, waardoor de koopovereenkomst wordt gewijzigd. Neemt men echter aan dat hierin niet zonder meer een wijziging van de koopovereenkomst ligt besloten, bijvoorbeeld omdat de koper de zaak onder protest in ontvangst neemt, moet in ieder geval worden aangenomen dat wel degelijk een voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst en dus voorwaardelijke overdracht tot stand komt. Ogenscheinlijk anders: S.E. Bartels, 'De zakelijke overeenkomst in een causaal stelsel van overdracht: ook een Oostenrijks debat', in: J.M. van Buren-Dee, M.C. van Gestel & E.H. Hondius (red.), *Privaatrecht en Gros*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 101. Aangezien de wil van de verkoper op voorwaardelijke overdracht is gericht en de wil van de koper op onvoorwaardelijke overdracht, zou men kunnen zeggen dat bij gebreke van wilsovereenstemming géén goederenrechtelijke overeenkomst en dus überhaupt geen overdracht tot stand komt. Wanneer men echter bedenkt dat een voorwaardelijke overdracht voor de koper gunstiger is omdat hij hierdoor een beschermde rechtspositie inneemt, dan moet in het algemeen worden aangenomen dat de koper liever een overdracht onder voorwaarde realiseert dan in het geheel geen overdracht. Zie Lieb 1990, p. 322, Reinicke & Tiedtke 2009, p. 483, MünchKomm-BGB/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 61 en Bamberger & Roth/Kindl 2015, § 449 BGB, Rn. 15. Naar Oostenrijks recht sorteert een bij de levering afgedwongen eigendomsvoorbehoud geen effect, omdat de goederenrechtelijke overeenkomst (tegenwoordig) geacht wordt reeds te worden gesloten bij de totstandkoming van de koopovereenkomst. Zie o.m. Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 370-376, Bollenberger 1995a, p. 61 e.v. en Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 30 en uit de rechtspraak OGH 18 juni 1986, zaaknr. 3Ob43/86, OGH 11 februari 1997, zaaknr. 5Ob18/97a en OGH 25 februari 2004, zaaknr. 3Ob66/03g. Tot slot verdient opmerking dat een dergelijk eenzijdig afgedwongen eigendomsvoorbehoud niet zonder meer een tekortkoming in de nakoming door de verkoper oplevert. Overeenkomstig art. 7:26 lid 2 BW is de verkoper namelijk pas gehouden zijn verplichting tot eigendomsverschaffing en (af-) levering na te komen zodra de koper de koopprijs betaalt. Slechts in het geval dat partijen in afwijking van die regel zijn overeengekomen dat de verkoper reeds voor dat moment verplicht is tot *onvoorwaardelijke* overdracht, levert een eenzijdig afgedwongen eigendomsvoorbehoud een tekortkoming in de nakoming op. Zie ook hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.

66 Mezas 1985, p. 3, voetnoot 10, Faber 1997, p. 210 e.v., Van Swaaij 2000, p. 131 en p. 136-139, Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006, nr. 220, Faber 2007, p. 38 e.v., Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 239, Hijma & Olthof 2014, p. 96 (die deze mogelijkheid naast de mogelijkheid van een voorwaardelijke levering of voorwaardelijke titel noemen), Rongen 2014, p. 304, Van der Wiel & Houdijk 2016, p. 201 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 522. In deze richting ook Fesevur 2005, p. 239-240, hoewel hij ook lijkt aan te nemen dat de voorwaarde aan de goederenrechtelijke overeenkomst is verbonden.

voorwaardelijkheid niet zozeer voort uit de omstandigheid dat de voorwaarde is verbonden aan een van de overdrachtsvereisten, maar is de verplichting van de verkoper slechts gericht op voorwaardelijke overdracht.

In deze constructie wordt niet erg duidelijk waarop de voorwaardelijkheid van de overdracht is gebaseerd. Het lijkt erop – maar het blijft enigszins gissen – dat deze auteurs menen dat de opschortende voorwaarde niet zozeer verbonden is *aan* de verbintenis die de titel tot overdracht vormt, maar dat de voorwaardelijkheid besloten ligt *in* de inhoud van de verbintenis, doordat de partijbedoeling slechts gericht is op een overdracht onder opschortende voorwaarde. Moeizaam aan een dergelijke benadering is evenwel dat een overdracht in de zin van artikel 3:84 lid 1 BW een resultante vormt van de drie vereisten van overdracht, zodat zich niet goed laat verklaren op welke wijzen de overdracht een voorwaardelijk karakter zou kunnen hebben, als tegelijkertijd alle vereisten voor overdracht een onvoorwaardelijk karakter hebben.⁶⁷

Door een aantal auteurs lijkt de verklaring hiervoor te worden gezocht in de omstandigheid dat de voorwaarde betrekking heeft op het object van overdracht.⁶⁸ Zo schrijven Bartels en Van Mierlo:

‘Men kan uit hetgeen in art. 3:84 lid 4 BW is bepaald afleiden, dat iemand die een onvoorwaardelijk recht heeft op een goed, zijn recht in deze zin kan overdragen dat de verkrijger een recht verkrijgt dat aan een ontbindende voorwaarde is onderworpen. Vooropgesteld moet worden dat eigendom en beperkte goederenrechtelijke rechten in beginsel onvoorwaardelijk zijn. Dit uitgangspunt zou eraan in de weg kunnen staan te aanvaarden dat de verkrijger een recht onder ontbindende voorwaarde kan worden verschaft. Men kan eigendom immers niet beperken op een wijze die de wet niet kent. Evenmin kan men buiten de in de wet genoemde gevallen beperkte rechten scheppen. De wet houdt echter in art. 3:84 lid 4 BW met zo veel woorden in, dat men een verkrijger een recht kan verschaffen dat aan een ontbindende voorwaarde is onderworpen.’⁶⁹

De voorwaarde lijkt hier te worden betrokken op het recht *zelf* dat wordt overgedragen.⁷⁰ Aldus is niet zozeer sprake van een overdracht onder opschortende voorwaarde van de eigendom van de zaak, maar van een overdracht van de ‘eigendom onder opschortende voorwaarde’.⁷¹ Problematisch aan deze benadering is evenwel dat niet goed valt in te zien op welke wijze partijen de voorwaarde aan het eigendomsrecht zouden kunnen verbinden. Het Nederlandse recht biedt partijen de mogelijkheid om voorwaarden te verbinden aan rechtshandelingen of aan verbintenissen, maar niet de mogelijkheid om voorwaarden te verbinden aan (eigendomsrechten van) zaken die worden overgedragen.⁷² Bartels en Van Mierlo

⁶⁷ Verstijlen 2007, p. 825, Struycken 2007, p. 552, voetnoot 209 en Stolz 2015, p. 995-996.

⁶⁸ Vgl. ook Stolz 2015, p. 947 en p. 994.

⁶⁹ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 240. In die richting ook Van der Wiel & Houdijk 2016, p. 202.

⁷⁰ Zo ook Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006, nr. 223: ‘Uitgangspunt is hier dus dat sprake is van een onvoorwaardelijke verbintenis tot het verschaffen van een recht onder opschortende voorwaarde.’ Vgl. ook Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 489.

⁷¹ Daarmee doet deze constructie sterk denken aan het betoog van Wiarda 1937, p. 115 e.v. volgens wie de constructie van de ‘overdracht onder opschortende voorwaarde van eigendom’ en de ‘overdracht van eigendom onder opschortende voorwaarde’ inwisselbare figuren zouden zijn. Zie daarover nog hierna in hoofdstuk 8, paragraaf 8.2.5.

⁷² Vgl. Serick 1993, p. 62-63: ‘Die Bedingung verändert die der Übereignungserklärung an sich zukommende Wirkung; sie beschränkt oder ändert jedoch nicht das Eigentum, auf das sich die Willenserklärung bezieht.’

lijken deze mogelijkheid te baseren op artikel 3:84 lid 4 BW, omdat de bepaling uitdrukkelijk erkent dat de voorwaarde aan een eigendomsrecht kan worden verbonden.⁷³ In dat artikel wordt inderdaad de mogelijkheid genoemd dat een recht wordt verkregen dat aan een voorwaarde is onderworpen (*i.e.* een voorwaardelijk eigendomsrecht). Maar blijkens de tekst van een bepaling wordt een zodanig rechtsgevolg bereikt doordat geleverd wordt ter uitvoering van de voorwaardelijke verbintenis. Het is aldus de doorwerking van de voorwaardelijkheid van de verbintenis in de rechtsgevolgen van de overdracht, die bewerkstelligt dat het verkregen recht afhankelijk wordt van de voorwaarde.⁷⁴ Of anders gezegd: uit artikel 3:84 lid 4 BW moet veeleer worden afgeleid dat het voor de verkrijging van een eigendomsrecht onder voorwaarde noodzakelijk is dat de aan de overdracht ten grondslag liggende verbintenis voorwaardelijk is, omdat slechts zo kan worden bewerkstelligd dat de voorwaarde doorwerkt in de rechtsgevolgen van de overdracht.⁷⁵

Deze benadering gaat bovendien voorbij aan het feit dat de partijbedoeling, ondanks het eigendomsvoorbehoud, gericht blijft op overdracht van de zaak en niet slechts op voorwaardelijke overdracht of overdracht van voorwaardelijke eigendom.⁷⁶ Daarmee doet deze benadering enigszins denken aan het in Duitsland en Oostenrijk wel gehuldigde standpunt dat de verkoper in geval van een eigendomsvoorbehoud, niet tot verschaffing van de (onvoorwaardelijke) eigendom, maar slechts tot de verschaffing van voorwaardelijke eigendom verplicht zou zijn.⁷⁷ Deze opvatting komt uitgebreider in het volgende hoofdstuk aan de orde,⁷⁸ maar op deze plaats past alvast de opmerking dat zij niet strookt met het doel van de koopovereenkomst, in het bijzonder artikel 7:9 lid 1 BW, op grond waarvan de verkoper verplicht is tot eigendomsoverdracht. Wanneer partijen een eigendomsvoorbehoud overeenkomen, wijken zij niet af van deze verplichting – daargelaten dat dit bij een consumentenkoop niet eens mogelijk zou zijn (art. 7:6 BW) – maar brengen zij slechts een wijziging aan in de wijze waarop dit resultaat wordt bereikt. Dat blijkt ook uit de functie van het eigendomsvoorbehoud als opschortingsrecht. Doordat partijen de verplichting tot eigendomsverschaffing modeleren door middel van de voorwaarde, wordt bewerkstelligd dat de verkoper zijn verplichting tot eigendomsverschaffing pas nakomt indien de koper de verschuldigde prestatie voldoet. Uit het feit dat partijen juist vasthouden aan dit uitgangspunt van ‘gelijk oversteken’ blijkt dat de verkoper zijn verplichtingen nog niet geheel nakomt, maar integendeel gedeeltelijk afhankelijk maakt van de voldoening van de verschuldigde prestatie door de koper. Nog altijd is de partijbedoeling gericht op overdracht van de eigendom van de zaak.

⁷³ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 240.

⁷⁴ Zie over deze doorwerking Reehuis 2010, nr. 46 en nr. 93.

⁷⁵ Vgl. Scheltema 2003, p. 313-314 en p. 321 en t.a.v. de verbintenis onder ontbindende voorwaarde op p. 323: ‘Het is zelfs aannemelijk dat art. 3:84 lid 4 BW slechts van toepassing is als de tot overdracht strekkende verbintenis van de ontbindende voorwaarde afhankelijk is.’

⁷⁶ Vgl. Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB, Rn. 53: ‘Der Verkäufer überträgt daher nicht “bedingtes Eigentum”, sondern *erst unter der Bedingung Eigentum*.’

⁷⁷ Zie sterk in die richting bijv. Rongen 2014, p. 304-305.

⁷⁸ Zie hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.

In feite herleiden de auteurs die deze constructie verdedigen de voorwaardelijkheid uiteindelijk meer of minder expliciet wel degelijk tot een van de overdrachtsvereisten, namelijk de titel die aan de overdracht ten grondslag ligt. Aangenomen wordt namelijk dat de titel tot overdracht slechts strekt tot een voorwaardelijke overdracht, zodat de voorwaardelijkheid toch volgt uit de titel.⁷⁹ Zo merkt Rongen op dat de titel bij de overdracht onder voorwaarde ‘in die zin voorwaardelijk is, dat partijen daarmee een voorwaardelijke overdracht beogen.’⁸⁰ Per saldo schuurt deze constructie daarmee sterk aan tegen de hier verdedigde visie.⁸¹ Of men de verbintenis aldus typeert dat zij strekt tot voorwaardelijke overdracht, of als een verbintenis onder opschortende voorwaarde, die echter in zoverre al onvoorwaardelijke elementen heeft dat zij terstond verplicht tot het tot stand brengen van een voorwaardelijke overdracht, lijkt vooral een kwestie van semantiek. In beide visies komt tot uitdrukking dat de titel is samengesteld uit voorwaardelijke en onvoorwaardelijke elementen.

Uiteindelijk geef ik er, gelet op de hiervoor genoemde argumenten, de voorkeur aan te spreken van een verbintenis onder opschortende voorwaarde. Tegen de hier bestreden constructie pleit bovendien dat zich in de visie dat sprake is van een onvoorwaardelijke levering ter uitvoering van een onvoorwaardelijke verbintenis die strekt tot voorwaardelijke overdracht niet goed laat verklaren op welke wijze de uiteindelijke overgang van de onvoorwaardelijke eigendom op de koper door de titel wordt gerechtvaardigd, als de titel slechts strekt tot overdracht onder voorwaarde. Sterker nog, wanneer men zou aannemen dat de verkoper slechts verplicht is tot overdracht onder voorwaarde of tot overdracht van voorwaardelijke eigendom, zou men zelfs kunnen stellen dat de uiteindelijke onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging door de koper zonder rechtsgrond – en derhalve onverschuldigd – plaatsvindt.⁸²

4.6 Tussenconclusie

Samengevat volgt uit het bovenstaande dat een aan de titel of levering (in de zin van de op overdracht gerichte wilsovereenstemming) verbonden voorwaarde doorwerkt in de rechtsgevolgen van de overdracht. De voorwaardelijkheid van het overdrachtsvereiste belet aldus niet dat terstond een overdracht tot stand wordt gebracht, maar bewerkstelligt veeleer dat een overdracht onder dezelfde voorwaarde wordt gerealiseerd. Daarmee is de overdracht als zodanig volledig tot stand gekomen, omdat terstond aan alle overdrachtsvereisten is voldaan, maar is de werking van de overdracht, namelijk het rechtsgevolg (de eigendomsovergang)

79 Zie bijv. Faber 2007, p. 39: ‘Hooguit kan men stellen dat de opschortende voorwaarde waaronder de overdracht geschiedt, *in* de titel en *in* de levering besloten ligt. Feit blijft immers dat de titel en de levering beide betrekking hebben op een voorwaardelijke overdracht.’ Zie ook Fesveur 2005, p. 240: ‘We moeten dus vaststellen dat de titel (...) in die zin een beperkte strekking heeft, dat hetgeen partijen door haar beogen te bereiken in eerste instantie slechts het effect zal hebben van een voorwaardelijke eigendomsverkrijging door de koper. (...) Op de verkoper rust een onvoorwaardelijke verbintenis tot een voorwaardelijke overdracht.’ Zie ook Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 489: ‘In dit geval is dus de verbintenis een onvoorwaardelijke met als inhoud dat de vervreemder een voorwaardelijke overdracht zal bewerkstelligen.’

80 Rongen 2014, p. 305.

81 Zie ook Scheltema 2003, p. 314 en Scheltema 2013, p. 161.

82 Letzgus 1938, p. 18 en Stadler 1996, p. 296, voetnoot 57.

opgeschort tot het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Voor wat betreft een aan de titel verbonden voorwaarde sluit deze hier verdedigde systematiek aan bij de tekst en toelichting bij artikel 3:84 lid 4 BW en artikel 6:25 BW, waar de wetgever uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt om ter uitvoering van een verbintenis onder opschortende voorwaarde terstond een overdracht tot stand te brengen. Zoals hier wordt betoogd, zou hetzelfde moeten gelden voor de goederenrechtelijke overeenkomst, zodat het eveneens mogelijk is de goederenrechtelijke werking te bewerkstelligen door een aan de op overdracht gerichte wilsovereenstemming verbonden voorwaarde.

4.7 Alternatieve constructies

Artikel 3:92 lid 1 BW begrijpt het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud slechts bij wijze van vermoeden als een overdracht onder opschortende voorwaarde. In hoofdstuk 2 is gebleken dat voor deze techniek is gekozen om de belangen van de koper te waarborgen.⁸³ In koopovereenkomsten of algemene voorwaarden wordt veelal niet meer bepaald dan dat de verkoper zich de eigendom van de verkochte zaak voorbehoudt, zonder dat ook aandacht wordt besteed aan de vraag op welke wijze de koper na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie de eigendom verkrijgt. Bij gebreke van het vermoeden zou het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud namelijk ook aldus kunnen worden geïnterpreteerd dat vóór voldoening van de verschuldigde prestatie in het geheel nog geen levering en overdracht worden gerealiseerd. Het vermoeden van artikel 3:92 lid 1 BW beschermt daarmee de koper, omdat voldoening van de verschuldigde tegenprestatie bewerkstelligt dat hij vanwege de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde automatisch eigenaar wordt.

De formulering van de bepaling als vermoeden laat echter ruimte voor een alternatieve partijafpraak. In de literatuur wordt de overdracht onder ontbindende voorwaarde van niet-voldoening van de verschuldigde tegenprestatie geregeld als alternatief genoemd.⁸⁴ Van een daadwerkelijk eigendomsvoorbehoud is in een zodanige constructie evenwel geen sprake. Bovendien worden met die constructie geen volledig vergelijkbare resultaten bereikt als met een overdracht onder opschortende voorwaarde.⁸⁵ Het enige echt denkbare alternatief voor de constructie als overdracht onder opschortende voorwaarde is de constructie waarbij

⁸³ Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.6.

⁸⁴ Vriesendorp 1985a, p. 15, Mezas 1985, p. 142-144, Brahn 1991, p. 134, Verstijlen 2007, p. 829, Peter 2007, p. 164-165, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 418 en nr. 489, Reehuis 2013, nr. 24, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 700, Stolz 2015, p. 167 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 523. Zie ook Serick 1963, voetnoot 7, Lambsdorff 1974, p. 8, Bülow 2012, p. 237 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 11. Daarbij dient bedacht te worden dat ook in een zodanig geval de grenzen van artikel 3:92 lid 2 BW in acht moeten worden genomen. Zie Verstijlen & Vriesendorp 1994, p. 519-520, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 488 en Reehuis 2013, nr. 14. Anders: Mezas 1994, p. 113-116.

⁸⁵ Zie hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.9.

partijen overeenkomen dat ook pas zal worden geleverd op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld.⁸⁶ Aldus modelleren partijen de verbintenis onder opschortende voorwaarde tot de variant waarin de verkoper gedurende de periode van onzekerheid nog tot niets verplicht is, behalve tot feitelijke overhandiging van de zaak.⁸⁷ Daardoor heeft de (eventuele) feitelijke terhandstelling van de zaak aan de koper ook niet te gelden als een levering in de zin van artikel 3:91 BW, zodat geen overdracht tot stand komt. Partijen zouden ervoor kunnen kiezen om wel reeds bij voorbaat de verklaringen af te leggen die nodig zijn om de koper het bezit van de zaak te verschaffen op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, zodat sprake is van een geanticipeerde *traditio brevi manu* (art. 3:115 aanhef en onder b BW), maar deze verklaringen hebben vooralsnog geen levering of overdracht tot gevolg. In het voorgaande is duidelijk geworden dat een dergelijke constructie nadelig is voor de koper. Omdat de levering pas plaatsvindt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, is tot dat moment nog geen overdracht tot stand gekomen.⁸⁸ Om deze redenen is deze constructie dan ook weinig aanbevelenswaardig.

4.8 De levering ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde

Hiervoor is gebleken dat het voor de totstandkoming van de overdracht onder opschortende voorwaarde noodzakelijk is om terstond de leveringshandeling te kunnen verrichten, omdat de voltooiing van de leveringshandeling een vereiste is waaraan voldaan moet worden, alvorens de overdracht tot stand kan komen. Met het doel om ook bij een overdracht onder opschortende voorwaarde terstond de leveringshandeling te kunnen verrichten, is door de wetgever artikel 3:91 BW in de wet opgenomen. De bepaling bevat een zelfstandig, van artikel 3:90 BW leveringsvoorschrift, dat specifiek is toegesneden op de overdracht onder opschortende voorwaarde.⁸⁹

86 Brahn 1991, p. 134, Peter 2007, p. 132, Reehuis 2013, nr. 14, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 523 en Heyman & Bartels 2017, p. 262, voetnoot 24. Zie ook Wilhelm 2010, p. 921, voetnoot 3601 en Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 46-47. Vgl. ook Lambsdorff 1974, p. 9 die deze constructie niet voor mogelijk houdt, omdat de verkoper zijn dwingendrechtelijke verplichting tot eigendomsverschaffing niet zou nakomen. Daarbij gaat hij er evenwel aan voorbij dat de verkoper die verplichting pas hoeft na te komen op het moment dat de koper de koopprijs voldoet.

87 Zie hiervoor in paragraaf 4.3.1 over de twee varianten van de verbintenis onder opschortende voorwaarde.

88 Zie hiervoor in paragraaf 4.4.1 en hierna in paragraaf 4.8.3.2.

89 Nieuwenhuis 1980, p. 81, Mezas 1985, p. 5, Faber 2007, p. 43, voetnoot 22, Verstijlen 2007, p. 825, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 415, Reehuis 2013, nr. 15, Hijma & Olthof 2014, p. 97 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 527. Anders: O.K. Brahn, 'Boekbespreking', *WPNR* 1981 (5589), p. 890 (zie evenwel ook Brahn 1992b, p. 26-27), Mijnsen 1983, p. 348 en Bakels 1984, p. 482. Stolz 2015, p. 883, voetnoot 70 lijkt enigszins te twijfelen n.a.v. de parlementaire geschiedenis en op p. 895 is hij ten onrechte nog stilliger. Anders dan hij aanneemt is het niet de wetgever die in de door hem aangehaalde passage (V.V. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1236) twijfelt aan de zelfstandigheid van de leveringswijze van art. 3:91 BW, maar de vaste Commissie voor Justitie, die bovendien vooral het standpunt van de NVvR uit *Trema* 1984, p. 74 parafraseert. De passage op p. 1238 laat weinig duidelijkheid te wensen over. Aldaar wordt namelijk opgemerkt dat het wetboek kiest voor de constructie waarbij 'voor een levering in geval van een eigendomsvoorbehoud de in artikel 3:4.2.5 lid 1 [art. 3:90 lid 1 BW; toevoeging EFV] gestelde eis van bezitsverschaffing zelf aangepast dient te worden.' Niet erg zuiver is derhalve de opmerking in Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 568, alwaar te lezen valt dat bij een eigendomsvoorbehoud 'wel een feitelijke

In deze paragraaf wordt nader stilgestaan bij de achtergrond van artikel 3:91 BW. Allereerst wordt daartoe ingegaan op de ratio van de bepaling en de wijze waarop de levering in deze gevallen onder het oude recht geschiedde. Vervolgens wordt ingegaan op de noodzaak van de bepaling en de mogelijke alternatieven. Tot slot wordt aandacht besteed aan de vraag op welke wijze de machtsverschaffing van artikel 3:91 BW kan plaatsvinden.

4.8.1 *Ratio van artikel 3:91 BW*

De ratio van artikel 3:91 BW moet worden gezocht in de omstandigheid dat de verkoper bij een eigendomsvoorbehoud niet alleen eigenaar, maar ook bezitter blijft van de zaak tot het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, omdat het bezit de afspiegeling is van het eigendomsrecht, dat de verkoper vanwege het eigendomsvoorbehoud heeft behouden. De koper houdt de zaak daarmee voor de verkoper, omdat hij door in te stemmen met het eigendomsvoorbehoud blijk geeft van het feit dat hij dit eigendomsrecht van de verkoper respecteert.⁹⁰ zaken. Op grond van artikel 3:90 lid 1 BW is voor levering van een roerende zaak vereist dat het bezit van de zaak aan de verkrijger wordt verschaft. Als men de koper gedurende de periode van onzekerheid als houder beschouwt en de verkoper als bezitter, zou bij gebreke van artikel 3:91 BW vooralsnog in het geheel geen levering door middel van bezitsverschaffing kunnen plaatsvinden. Deze onmogelijkheid om de leveringshandeling direct te verrichten zou daarmee in de weg staan aan het terstond bewerkstelligen van een overdracht onder opschortende voorwaarde.⁹¹ Zoals hiervoor in paragraaf 4.4.1 aan de orde kwam, zou dit nadelige gevolgen kunnen hebben voor de koper, omdat de levering dan nog zou moeten plaatsvinden op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.⁹²

Gelet op de mogelijke nadelen voor de koper van het uitstellen van de levering tot het moment van vervulling van de voorwaarde, heeft de wetgever een afzonderlijke leveringsbepaling in het leven geroepen voor de overdracht onder opschortende voorwaarde. Daardoor zijn partijen in staat terstond een overdracht te realiseren, als gevolg waarvan de koper meteen een zodanige positie verkrijgt, dat vervulling van de voorwaarde zonder meer bewerkstelligt dat hij ook eigenaar wordt.

maar geen juridische levering plaats[vindt].’ Zie in vergelijkbare zin T.H.D. Struycken, ‘Internet en de bescherming van een verkrijger van een roerende zaak krachtens art. 3:86 BW’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 219, volgens wie bij een eigendomsvoorbehoud ‘de leveringsformaliteit van feitelijke machtsverschaffing vooraf[gaat] aan de voltooiing van de levering.’ Met de feitelijke machtsverschaffing is de (juridische) levering namelijk voltooid.

⁹⁰ Zie uitgebreid in hoofdstuk 8, paragraaf 8.11.

⁹¹ M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388-389 en M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1237-1238.

⁹² Zie bijv. Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 47 die opmerkt dat de positie van de koper slechts goederenrechtelijk is beschermd indien terstond een levering plaatsvindt en Blomeyer 1939, p. 237: ‘Die Wirksamkeit der bedingten Übereignung setzt die Übergabe der Sache an den Käufer voraus.’ Zo ook Scheltema 2003, p. 279, voetnoot 71. Zie ook M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1238: ‘Het is duidelijk dat zijn positie in deze zienswijze [waarin de levering nog moet plaatsvinden op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld; toevoeging EFV] anders is dan die van degene die terstond een voorwaardelijk recht heeft verkregen.’ Zie ook Reehuis 2013, nr. 17.

4.8.2 *Intermezzo: de levering in het kader van een eigendomsvoorbehoud onder het Oud BW*

De introductie van een afzonderlijke leveringsbepaling in het huidige BW voor de overdracht onder opschortende voorwaarde geeft aanleiding tot de vraag op welke wijze de levering zich onder het oude recht voltrok in het kader van een eigendomsvoorbehoud. Het Oud BW bevatte namelijk geen aparte leveringsbepaling die was toegesneden op de overdracht onder opschortende voorwaarde, terwijl de verkoper ook onder het oude recht gedurende de periode van onzekerheid algemeen als bezitter werd aangemerkt.

Veelal kwam de vraag waarop de levering zich voltrok bij een eigendomsvoorbehoud slechts zijdelings aan de orde, namelijk in het kader van de constructie van het eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde in het algemeen. Daarvoor geldt echter dat de constructie van de overdracht onder opschortende voorwaarde, in het bijzonder waar het aankomt op de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde, gedurende de gelding van het Oud BW buitengewoon onduidelijk is gebleven.⁹³ Dat had een aantal redenen. In de eerste plaats speelde een rol dat lange tijd onbeslist was of het Nederlandse recht een causaal dan wel abstract stelsel van overdracht kende. Als gevolg daarvan was bijvoorbeeld onduidelijk in hoeverre een aan de titel tot overdracht verbonden voorwaarde ook goederenrechtelijke werking kon hebben.⁹⁴ In een abstract stelsel van eigendomsoverdracht werkt de voorwaardelijkheid van de titel namelijk niet door in de overdracht, omdat de rechtsgeldigheid en de rechtsgevolgen van de overdracht niet worden beïnvloed door de rechtsgeldigheid van de titel tot overdracht en een eventueel daaraan verbonden voorwaarde. Bovendien werd de discussie over de constructie van het eigendomsvoorbehoud met name gevoerd in de periode, waarin nog geen duidelijkheid bestond over de vraag of het Nederlandse recht een abstract of causaal stelsel van eigendomsoverdracht kende.

Zo werd de discussie rond de constructie van het eigendomsvoorbehoud met name gevoerd rond de introductie van de huurkoopregeling in 1936. Rond dezelfde tijd verscheen bovendien niet alleen het invloedrijke proefschrift van Wiarda, maar ook de preadviezen van Houwing en Wiarda over de overdracht van toekomstige rechten, waarin ook veel aandacht werd besteed aan de constructie van de overdracht onder voorwaarde.⁹⁵ Het lijkt erop dat hierdoor ook nadat de Hoge Raad in het arrest *Damhof/Staat* eenmaal had vastgesteld dat het Nederlandse recht uitging van een causaal stelsel van eigendomsoverdracht,⁹⁶ in de literatuur dikwijls nog werd vastgehouden aan de reeds voor die tijd gegeven verklaringen voor de constructie van de overdracht onder voorwaarde, die – vanwege de onduidelijkheid over het stelsel van overdracht – veelal niet aanknoopten bij de titel van overdracht. Het verklaart waarom Vriesendorp zich

93 Scheltema 2003, p. 227-259 en Stolz 2015, p. 968.

94 Scheltema 2003, p. 179 e.v. en p. 228-232.

95 Wiarda 1937, Houwing 1940 en Wiarda 1940.

96 HR 5 mei 1950, *NJ* 1951, 1 m.nt. D.J. Veegens.

in 1985 met enige verbazing kan afvragen waarom in het Nederlandse recht de ‘toch zeer voor de hand liggende’ constructie van het eigendomsvoorbehoud door middel van een voorwaardelijke titel nauwelijks wordt genoemd.⁹⁷

Veelvoorkomend was de constructie waarin het eigendomsvoorbehoud werd geconstrueerd aan de hand van een zakelijke overeenkomst, waaraan een opschortende voorwaarde was verbonden. De goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde werd vervolgens verklaard aan de hand van de omstreden figuur van de goederenrechtelijke wilsbinding.⁹⁸ De redenering was dat de verkoper zich door het sluiten van de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst onherroepelijk zou hebben gebonden, zodat de eigendom door vervulling van de voorwaarde automatisch op de koper overging. Onvolledig aan deze zienswijze was echter dat de goederenrechtelijke wilsbinding als zodanig geen volledige verklaring kon bieden voor de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde. Zij kon hoogstens verklaren waarom de vervulling van de voorwaarde goederenrechtelijke werking had tussen partijen, maar kon niet verklaren waarom deze goederenrechtelijke wilsbinding ook jegens derden werkte, in die zin dat de verkoper gedurende de periode van onzekerheid in zijn beschikkingsbevoegdheid was beperkt.⁹⁹

Niet zelden ging men om die reden dan ook nog een stap verder. Aangezien de goederenrechtelijke wilsbinding geen verklaring kon bieden voor de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden, werd door sommigen aangenomen dat de totstandkoming van de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst direct resulteerde in de verkrijging van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Zo merkt Van Dijk op dat de koper wel meer dan houder moet zijn – namelijk: eigenaar onder opschortende voorwaarde – om te kunnen verklaren dat vervulling van de voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft.¹⁰⁰ In een dergelijke benadering heeft de totstandkoming van de overdracht onder opschortende voorwaarde terstond tot gevolg dat de koper eigenaar onder opschortende voorwaarde wordt.¹⁰¹

Zowel aan de benadering van een voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst en aan de benadering waarin de koper ter uitvoering daarvan reeds een voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt, ligt impliciet ten grondslag dat de

97 Vriesendorp 1985a, p. 27.

98 Zo bijv. Eggens 1931, p. 395, voetnoot 8 (minder stellig in diens conclusie voor HR 27 juni 1952, *NJ* 1953, 60), Wiarda 1937, p. 118, Wiarda 1940, i.h.b. p. 53, Pitlo 1940, p. 409-413, Pitlo 1951, p. 204, Veenhoven 1955, p. 53, Schultsz 1955, p. 100 en Van Mierlo 1988, p. 102. Daartegen: G.E. Langemeijer, ‘Contractuele Eigendomsoverdracht?’, *NJB* 1935, p. 494, Scheltema 1938, p. 402, Houwing 1940, J.C. van Oven, ‘Overdracht van toekomstige rechten’, *WPNR* 1940 (3694), p. 448 en Drion in zijn noot onder HR 22 mei 1953, *NJ* 1954, 189 (*Sio*). Het ontbreken van goederenrechtelijke wilsbinding lijkt inderdaad te worden bevestigd in dat arrest, terwijl de Hoge Raad veel later – anticiperend op het Nieuw BW – een dergelijke binding in ieder geval heeft aanvaard. Zie HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 158 m.nt. W.M. Kleijn (*Hollander’s Kuikenbroederij*), rov. 3.3.3. Zie uitgebreid Van Swaaij 2000, p. 9 e.v. en voor een overzicht Van Mierlo 1988, p. 99 e.v.

99 Scheltema 2003, p. 248-250 en p. 279, voetnoot 69. Dat zou slechts anders zijn indien men aanvaardde dat de vervulling van de voorwaarde terugwerkende kracht had. Zo bijv. P. Scholten in diens noot onder HR 10 juni 1938, *NJ* 1939, 411 en Schoordijk 1959, p. 16-17 en p. 63. Veelal werd daarentegen niet teruggegrepen op de terugwerkende kracht als verklaringsmodel. Zie bijv. Eggens 1931, p. 395, voetnoot 8, Wiarda 1937, p. 126-127, Van Dijk 1940, p. 45 en Veenhoven 1955, p. 23-24.

100 Van Dijk 1940, p. 42.

101 Zie bijv. Wiarda 1937, p. 127 en p. 122 die aannam dat de voorwaardelijke overdracht van onvoorwaardelijke eigendom niet van de onvoorwaardelijke overdracht van voorwaardelijke eigendom verschilt. Beide constructies leiden er volgens Wiarda toe dat de vervreemder en verkrijger terstond beiden voorwaardelijk eigenaar zijn. Vgl. ook Asser/Beekhuis 1957, p. 155.

leveringshandeling reeds heeft plaatsgevonden. Er kan immers slechts direct een overdracht tot stand komen (uit hoofde waarvan de koper meteen een voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgt), indien terstond aan alle vereisten voor overdracht – waaronder het verrichten van de leveringshandeling – is voldaan. Wanneer men aanneemt dat de verkoper gedurende de periode van onzekerheid bezitter blijft, maar tegelijkertijd aanneemt dat de leveringshandeling reeds heeft plaatsgevonden, aanvaardt men per saldo dat de levering in het kader van een overdracht onder opschortende voorwaarde kan geschieden door *machtsverschaffing*.¹⁰² Een dergelijke benadering komt dan ook tot uitdrukking bij Zevenbergen:

‘Bij den huurkoop heeft de juridische levering (eigendomsoverdracht) niet plaats na de feitelijke levering, maar zij valt daarmee samen. Alleen de eigendomsovergang geschiedt later; hij wordt immers door het eigendomsvoorbehoud opgeschort, totdat de voorwaarde is vervuld.’¹⁰³

Een vergelijkbare constructie werd verdedigd door Wiarda. Volgens hem heeft de totstandkoming van de overdracht onder opschortende voorwaarde tot gevolg dat de verkrijger terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt. Aangezien de verkrijger enkel eigenaar onder opschortende voorwaarde kan worden uit hoofde van een eerdere levering, moet de levering wel reeds hebben plaatsgevonden. Wiarda lijkt in dat kader inderdaad genoeg te nemen met een feitelijke overgave:

‘En had op 1 Januari bij *lichamelijke roerende zaken* de feitelijke overgave plaats gehad, dan is ook deze onder zakelijke overeenkomst geschied, zoodat ook hier van eigendomsovergang sprake kan zijn.’¹⁰⁴

De goederenrechtelijke werking is in deze constructie gewaarborgd, omdat de koper uit hoofde van de levering terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt.¹⁰⁵

Ook door Mezas werd voor het oude recht aangenomen dat de feitelijke overgave van de zaak voldoende was als levering in het kader van het eigendomsvoorbehoud, zodat per saldo kon worden volstaan met machtsverschaffing.¹⁰⁶ Deze visie werd ondersteund door artikel 667 BW (oud), dat bepaalde dat de levering van roerende zaken diende te geschieden door ‘enkele overgave’.

¹⁰² Vgl. Scheltema 2003, p. 237-238.

¹⁰³ Zevenbergen 1938, p. 94. Vgl. ook p. 64: ‘De overgave der zaak door den verkooper aan den koper heeft dus niet slechts de betekenis van feitelijke in-bezit-stelling, van verschaffing van het houderschap, maar is bovendien juridische levering.’

¹⁰⁴ Wiarda 1937, p. 126-127. Een eerdere passage ten aanzien van de overdracht onder opschortende tijdsbepaling lijkt op twee gedachten te hinken en laat ruimte voor twijfel over de opvatting van Wiarda: ‘Bij *lichamelijke roerende zaken* geschiedt de eigendomsoverdracht door de bezitsoverdracht, en deze door de feitelijke overgave, tenzij de verkrijger de zaak reeds onder zich hield (B.W. 667). Op 1 Januari moet dus de bezitsoverdracht plaats vinden, terwijl de eigendom dan 1 Maart zonder meer overgaat. Heeft de feitelijke overgave op 1 Januari plaats, dan wordt de verkrijger, nu de zakelijke overeenkomst dien dag nog niet werkt, daardoor of houder, of bezitter; op 1 Maart wordt hij zonder meer *brevi traditione* eigenaar.’ Merkwaardig is dat Wiarda hier eerst bezitsoverdracht eist, vervolgens genoeg lijkt te nemen met feitelijke overgave, terwijl hij later alsnog een levering *brevi manu* vereist en bovendien in het midden laat of de verkrijger bezitter dan wel houder is hangende de voorwaarde. Zie ook de vraagtekens die bij deze passage worden geplaatst door Houwing 1940, p. 23, voetnoot 46 en Scheltema 2003, p. 247.

¹⁰⁵ Zo ook Asser/Beekhuis 1957, p. 155-156.

¹⁰⁶ Mezas 1985, p. 5.

In overeenstemming met de letterlijke betekenis van die woorden, werd de leveringshandeling van artikel 667 BW (oud) oorspronkelijk vooral feitelijk opgevat, in die zin dat onder overgave niet zozeer de verschaffing van bezit werd verstaan, maar simpelweg de verschaffing van de macht over de zaak.¹⁰⁷ In een dergelijke interpretatie veroorzaakt het leveringsvereiste voor roerende zaken in het geheel geen problemen bij de overdracht onder opschortende voorwaarde, omdat gewoon voldaan kan worden aan artikel 667 BW (oud). Zo beschouwd moet artikel 3:91 BW vooral worden gezien als een reactie op het feit dat de leveringseis van artikel 3:90 lid 1 BW afwijkt van artikel 667 BW (oud). In het oude recht was er dan geen noodzaak voor een afzonderlijk leveringsvoorschrift.

In de loop der tijd is artikel 667 BW (oud) echter steeds meer – met name teneinde leveringswijzen mogelijk te maken die niet gepaard gaan met feitelijke overgave – geïnterpreteerd als de verschaffing van het *bezit* over de zaak.¹⁰⁸ In een dergelijke benadering ontstaan wel moeilijkheden bij de overdracht onder opschortende voorwaarde, omdat de verkrijger vooralsnog geen bezitter wordt. Het lijkt er dan ook op dat deze herinterpretatie van artikel 667 BW (oud) heeft geleid tot een andere benadering van de constructie van het eigendomsvoorbehoud, waarbij ervan uit werd gegaan dat pas aan het leveringsvereiste werd voldaan op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Zo werd door een deel van de literatuur betoogd dat bij het eigendomsvoorbehoud sprake is van een geanticipeerde *traditio brevi manu* c.q. een *traditio brevi manu* onder opschortende voorwaarde.¹⁰⁹ Deze constructie maakt de positie van de koper meer onzeker,¹¹⁰ omdat de levering strikt genomen op het moment van de vervulling van de voorwaarde plaatsvond.¹¹¹ Weliswaar konden de verkoper en de koper reeds bij voorbaat de verklaringen afleggen die benodigd zijn om te leveren op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, maar onzeker was of de eigendom daardoor ook zonder meer overging. Daarvoor diende men niet alleen de figuur van de (faillissementsbestendige) goederenrechtelijke wilsbinding te aanvaarden, maar zou men eveneens moeten aannemen dat deze wilsbinding reeds vóór de levering zijn

107 Opzoomer 1876, p. 302-303, Diephuis 1886, p. 93-96 (zie evenwel ook G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt. Elfde deel*, Groningen: Wolters 1888, p. 210-213) en N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Tweede deel*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1901, p. 168-172.

108 Zie bijv. D. Hazewinkel-Suringa, 'De rechtstitel bij de eigendomsoverdracht', in: N. de Beneditty e.a., *Rechtsgeleerde opstellen van de hand van oud-leerlingen, aangeboden aan Prof. Mr. Paul Scholten ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleeraarschap*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1933, p. 183, Hofmann 1933, p. 58 en p. 166-167, Houwing 1940, p. 5, Asser/Scholten 1945, p. 61, Pitlo 1951, p. 183 en Asser/Beekhuis 1957, p. 104. Zie ook HR 12 februari 1885, *W*. 5146 waarin de Hoge Raad oordeelde 'dat wel in art. 667, al. 1, wordt gezegd, dat levering van roerende zaken geschiedt door enkele overgave (...), maar dat daaruit niet volgt dat er voor zoodanige levering altijd eene overgifte van hand tot hand zou worden vereischt; dat integendeel uit al. 2, (...) blijkt dat er ook eigendomsovergang kan plaats hebben zonder feitelijke overgifte; dat daartoe voldoende is iedere handeling waardoor de zaak wordt gesteld onder de macht en in het bezit van den verkrijger.' Kritisch over deze ontwikkeling: Meijers 1908, p. 154, in navolging van P. van Bemmelen, 'Regtsoverdracht en bezitsovergave', *Themis* 1887, p. 82 e.v.

109 Struycken 1906, p. 160, L.D. Frank, *De overeenkomst van huurkoop* (diss. Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1929, p. 41, Schürmann 1936, p. 128-129, Pitlo 1940, p. 411, Schultsz 1955, p. 161, Asser/Beekhuis 1957, p. 156, Stein 1970, p. 43 en Pitlo/Brahn 1987, p. 206. Overigens lijkt een aantal auteurs ervan uit te gaan dat bij een *traditio brevi manu* in het geheel geen levering is vereist, zoals art. 667 lid 2 BW (oud) op het eerste gezicht ook lijkt te bepalen. Ten onrechte, omdat lid 2 slechts tot uitdrukking wil brengen dat geen overgave (*délivrance*) is vereist, maar wel levering (*tradition*). Vgl. Opzoomer 1876, p. 303, voetnoot 2, Diephuis 1886, p. 95, voetnoot 3 (die desondanks lijkt aan te nemen dat er geen levering is vereist), Eggens 1930, p. 410, Wiarda 1937, p. 102-104, Houwing 1940, p. 8 en de verzuchtingen van Zevenbergen 1938, p. 91-94 over de miskenning van dit onderscheid. Vgl. ook Van Swaaij 2000, p. 14-15.

110 Vgl. J.C. van Oven, 'Boekbespreking: Mr. Chr. Zevenbergen, Het afbetalingscontract', *NJB* 1930, p. 142.

111 Zo bijv. Fischer & Frank 1936, p. 44.

weerslag heeft op de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper,¹¹² hetgeen zich niet goed laat verklaren als de levering is uitgesteld tot het moment van vervulling van de voorwaarde.¹¹³ Zoals hiervoor aan de orde kwam, heeft de wetgever van het huidige BW met artikel 3:91 BW om deze redenen willen voorkomen dat de levering pas zou kunnen plaatsvinden op het moment van vervulling van de voorwaarde.

Vermelding verdient nog dat vanwege bovengenoemde moeilijkheden de leveringsreis door een deel van de literatuur in ieder geval bij huurkoop in het geheel werd losgelaten. Dat standpunt werd onderbouwd aan de hand van artikel 1576p BW (oud), dat was toegesneden op de eigendomsovergang bij huurkoop:

‘De eigendom van eene in huurkoop overgedragen zaak gaat, gelijk anders door levering, aan den koper over door betaling van het geheele, ter zake van den huurkoop verschuldigde, bedrag of door eerdere vervulling van andere voorwaarden, dienaangaande overeengekomen.’

Een aantal auteurs leidde uit de woorden ‘gelijk anders door levering’ af dat de wetgever met deze bepaling een geheel nieuwe wijze van eigendomsverkrijging had gecreëerd, omdat voor de eigendomsovergang bij huurkoop geen levering zou zijn vereist.¹¹⁴ Tegen deze opvatting pleit echter dat daarvoor geen enkele steun is te vinden in de parlementaire geschiedenis van de huurkoopregeling. Niets wijst erop dat de wetgever een nieuwe wijze van eigendomsovergang in het leven heeft willen roepen. De invoering van een huurkoopregeling strekte er met name toe de figuur van huurkoop in te passen in het bestaande stelsel van de koopovereenkomst, waarmee de wetgever met name aan de belangen van de huurkoper tegemoet wilde komen. Aan de inpassing van de eigendomsovergang bij huurkoop in het stelsel van het goederenrecht is door de wetgever nauwelijks aandacht besteed.¹¹⁵ Integendeel, de wetgever wenste de verbintenisrechtelijke aspecten van huurkoop te regelen en vermeed juist elk ingrijpen op het gebied van het goederenrecht.¹¹⁶

Met artikel 1576p BW (oud) beoogde de wetgever vast te leggen dat de eigendom in ieder geval overgaat door volledige betaling en dat de eigendomsovergang niet afhankelijk kon worden gemaakt van de betaling van andere schulden, tenzij dit later bij het aangaan van de nieuwe schuld alsnog werd overeengekomen.¹¹⁷ Met de zinsnede ‘gelijk anders door levering’ wilde de wetgever duidelijk maken dat de eigendom slechts dan door betaling zou overgaan, indien dit rechtsgevolg bij een gewone koopovereenkomst (daadwerkelijk) met de levering zou intreden. Met andere woorden: hij wilde voorkomen dat de eigendom op de huurkoper zou overgaan in gevallen waarin een levering in het kader van een gewone koopovereenkomst dit effect niet zou hebben. Daarbij dacht de wetgever vooral

112 Scheltema 2003, p. 248-250 en p. 279, voetnoot 69.

113 Vgl. Reehuis 2013, nr. 21.

114 C.J. de Lange, ‘Chr. Zevenbergen, Het afbetalingscontract (Boekbeschouwing)’, *RMThemis* 1939, p. 90-91, Houwing 1940, p. 36-37 en Asser/Kamphuisen 1960, p. 168-170. In die richting ook Snijders 2011, p. 35.

115 M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 8.

116 L.D. Frank, ‘Boekbespreking: V.J.A. van Dijk, Geschiedenis, aard en werking van het eigendomsvoorbehoud’, *RMThemis* 1941, p. 75.

117 M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 11-12.

aan de bescherming van artikel 2014 BW (oud) tegen beschikkingsonbevoegdheid. Indien het ontbreken van goede trouw bij een gewone koop de eigendomsverkrijging zou verhinderen, diende hetzelfde te gelden voor huurkoop.¹¹⁸ Aan artikel 1576p BW (oud) kan dan ook geen verderstrekkende betekenis worden toegekend.

Tot slot werd nog een andere constructie verdedigd door Schoordijk. Door hem werd aangenomen dat de terugwerkende kracht van de vervulling van de voorwaarde tot gevolg heeft dat de feitelijke overgave achteraf gezien moet worden geduid als een levering en dat de koper derhalve 'na de laatste betaling geacht mag worden vanaf de afgifte door de [ver]koper steeds bezitter en nimmer houder voor de verkoper geweest te zijn.'¹¹⁹ De bezitsverschaffing geschiedt hier in wezen met terugwerkende kracht, hetgeen zich niet goed verdraagt met het feitelijke karakter van het bezit.¹²⁰ Weliswaar is de constructie niet geheel ondenkbaar, wanneer men aanneemt dat het houderschap van de koper berust op zijn rechtsverhouding met de verkoper en deze rechtsverhouding vervolgens met terugwerkende kracht wegvalt,¹²¹ maar zij staat desalniettemin op gespannen voet met het feit dat de koper de zaak gedurende de periode van onzekerheid feitelijk wel als houder onder zich heeft gehad. Deze feiten laten zich niet goed door middel van een fictie herinterpreteren. Per saldo wordt ook in deze benadering genoeg genomen met machtsverschaffing, zij het dat deze machtsverschaffing achteraf gezien beschouwd wordt als een bezitsverschaffing.

4.8.3 *Mogelijke alternatieven*

Uit het voorgaande blijkt dat het eigendomsvoorbehoud onder oude recht een enigszins 'mistige figuur' is gebleven.¹²² Gelet op de onduidelijkheden die onder het oude recht bestonden met betrekking tot de levering in het kader van een eigendomsvoorbehoud, is het begrijpelijk dat de wetgever een afzonderlijke leveringsbepaling heeft opgenomen. Daartoe was temeer aanleiding omdat de leveringsbepaling van artikel 3:90 lid 1 BW meer de nadruk legt op de bezitsverschaffing dan artikel 667 BW (oud) deed. Uiteindelijk sluit artikel 3:91 BW daarmee bovendien aan bij hetgeen onder het oude recht min of meer aanvaard was. Ondanks de onduidelijkheden over de verklaring voor de goederenrechtelijke werking, hadden alle constructies namelijk gemeen dat zij per saldo genoeg namen met een feitelijke overhandiging van de zaak aan de koper.

Desondanks wordt artikel 3:91 BW in de huidige literatuur door een aantal auteurs als een overbodige bepaling beschouwd, omdat de levering bij gebreke van artikel 3:91 BW simpelweg overeenkomstig artikel 3:90 lid 1 BW zou kunnen geschieden. In het bijzonder is daarbij te wijzen op de opvatting van Vriesendorp, volgens wie de levering simpelweg door bezitsverschaffing zou

118 M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 12. Iets anders is dat een dergelijke bepaling overbodig zou zijn voor wat betreft de toepasselijkheid van art. 2014 BW (oud), indien de levering nog diende plaats te vinden op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, zoals Houwing 1940, p. 37, voetnoot 48 terecht opmerkt. Dat lijkt erop te duiden dat de wetgever mogelijk ook uitging van de gedachte dat de feitelijke overgave als levering voldoende was.

119 Schoordijk 1959, p. 16-17, Schoordijk 1971, p. 459, voetnoot 14 en Schoordijk 1986, p. 362.

120 Zie ook Scheltema 2003, p. 239 en p. 278.

121 Vgl. Letzgus 1938, p. 22.

122 Snijders 2011, p. 35. Vgl. ook Reehuis 2013, nr. 17, nr. 21 en nr. 59-60.

kunnen geschieden.¹²³ Dat is een consequentie van zijn standpunt dat de koper ook gedurende de periode van onzekerheid reeds bezitter is van de zaak, waarop nader in hoofdstuk 8 zal worden ingegaan.¹²⁴ Ook echter door enkele auteurs die aannemen dat de koper gedurende de periode van onzekerheid houder van de zaak is, wordt artikel 3:91 BW desalniettemin als overbodig beschouwd. Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op de door hen voorgestelde wijzen waarop de levering zich bij gebreke van artikel 3:91 BW zou kunnen voltrekken. Het gaat daarbij achtereenvolgens om feitelijke overgave (paragraaf 4.8.3.1), bezitsverschaffing onder voorwaarde (paragraaf 4.8.3.2), verschaffing van voorwaardelijk bezit (paragraaf 4.8.3.3) en verschaffing van bezit van het voorwaardelijk eigendomsrecht (paragraaf 4.8.3.4).

4.8.3.1 FEITELIJKE OVERGAVE

Door Mezas en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak is opgemerkt dat de levering in het kader van het eigendomsvoorbehoud simpelweg zou kunnen geschieden door feitelijke overgave.¹²⁵ Strikt genomen wordt daarmee geen bezwaar aangevoerd tegen artikel 3:91 BW, nu de bepaling dit juist uitdrukkelijk bevestigt. De bezwaren lijken zich dan ook met name te richten tegen de mogelijkheid dat het artikel te veel zou worden verzelfstandigd, zodat het aanleiding zou kunnen geven tot onduidelijkheden. Met andere woorden: ook zonder artikel 3:91 BW kan de levering terstond geschieden door machtsverschaffing,¹²⁶ terwijl het scheppen van een afzonderlijke bepaling alleen maar vragen oproept.

Voor de opvatting dat de levering bij gebreke van artikel 3:91 BW ook zou kunnen geschieden door machtsverschaffing, valt veel te zeggen. Niet ten onrechte merkt Mezas op 'dat men nooit de geldigheid van de feitelijke overgifte als overdrachtshandeling voor de *on*voorwaardelijke eigendomsoverdracht in twijfel heeft getrokken' en dat er geen reden bestaat om aan te nemen dat een zodanig overgifte haar geldigheid zou verliezen wanneer partijen ervoor kiezen om slechts een overdracht onder opschortende voorwaarde tot stand te brengen.¹²⁷ Zoals hiervoor reeds bleek, werd onder het oude recht op grond van artikel 667 BW (oud) een feitelijke overgave van de zaak geëist. In de loop der tijd is men de overgave van artikel 667 BW (oud) steeds meer gaan interpreteren als bezitsverschaffing, ten einde het mogelijk te maken om de zaak ook te leveren in gevallen waarin de zaak niet feitelijk werd overhandigd. Artikel 3:90 lid 1 BW vormt een codificatie van deze rechtsontwikkeling. Ondanks de nadruk op de verschaffing van het bezit, is echter de geldigheid van de feitelijke overhandiging van de zaak als leveringshandeling nimmer ter discussie gesteld. Op zichzelf is daarmee goed denkbaar dat ook bij gebreke van artikel 3:91 BW reeds op grond van een redelijke wetsuitleg

¹²³ Vriesendorp 1985a, p. 33 e.v.

¹²⁴ Zie hoofdstuk 8, paragraaf 8.11.

¹²⁵ Mezas 1985, p. 5. Zie voor het standpunt van de NVvR de Mededelingen van het hoofdbestuur in *Trema* 1984, p. 74. Mogelijk ook in die richting Bakels 1984, p. 482 die opmerkt dat de harde kern van de levering ex art. 3:90 lid 1 BW wordt gevormd door het verschaffen van een feitelijke machtspositie. Uiteindelijk lijkt hij echter uit te gaan van bezitsverschaffing onder opschortende voorwaarde. Zie i.h.b. p. 481, voetnoot 13.

¹²⁶ Zo bijv. de NVvR die in *Trema* 1984, p. 74 opmerkt dat de 'gegeven interpretatie ook los van het artikel al voor de hand ligt.'

¹²⁷ Mezas 1985, p. 5.

zou kunnen worden aangenomen dat machtsverschaffing voldoende is als leveringshandeling in het kader van een overdracht onder opschortende voorwaarde. Ook de wetgever onderkende dat:

‘Niet kan worden ontkend dat deze constructie ook zonder uitdrukkelijke bepaling voor toepassing in aanmerking zou komen, omdat zij het beste in het stelsel van de wet past en tot redelijke resultaten leidt.’¹²⁸

Een dergelijke benadering ligt impliciet ten grondslag aan het Oostenrijkse recht. Het Oostenrijkse recht stelt (onder meer) als vereiste voor overdracht dat sprake is van een *Übergabe* (§ 380 ABGB jo. § 425 ABGB). Deze *Übergabe* wordt voor roerende zaken aldus begrepen dat aan de verkrijger het bezit moet worden verschaft (§ 309 ABGB).¹²⁹ Bij het eigendomsvoorbehoud stuit deze eis ogenschijnlijk op bezwaren, omdat de koper de zaak vooralsnog niet bezit. Desalniettemin neemt de Oostenrijkse literatuur, zonder de kwestie ook maar te problematiseren, algemeen aan dat terstond is voldaan aan het *Übergabe*-vereiste, zodat ook de overdracht terstond tot stand komt.¹³⁰ Impliciet neemt ook het Oostenrijkse recht derhalve aan dat voor de levering in het kader van het eigendomsvoorbehoud machtsverschaffing volstaat.¹³¹

Vergelijkbaars geldt voor het Duitse recht, dat het *Übergabe*-begrip sowieso meer feitelijk lijkt te interpreteren. Veelal wordt namelijk aangenomen dat onder de *Übergabe* de verschaffing van de feitelijke macht over de zaak dient te worden volstaan.¹³² Een aantal auteurs begrijpt de *Übergabe*-eis daarentegen wel als de verschaffing van het bezit (*Eigenbesitz*) over de zaak.¹³³ Met andere

128 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238. Vermoedelijk ging ook Meijers uit van de gedachte dat de levering simpelweg door feitelijke overgave zou kunnen geschieden. Ook in het Ontwerp-Meijers, waarvan artikel 3:91 BW geen onderdeel uitmaakte, was een eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde namelijk mogelijk. Zie bijv. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 72-73, alwaar hij het mogelijk achtte dat *ondanks de levering* de eigendom werd voorbehouden. Ook als levering daar zou moeten worden begrepen als overdracht (zie hiervoor in voetnoot 47), zou dat in ieder geval veronderstellen dat de daarvoor benodigde leveringshandeling al heeft plaatsgevonden in zijn benadering. Daarvoor pleit ook dat Meijers ook onder het oude recht reeds verdedigde dat feitelijke overgave de eigenlijke leveringshandeling was. Zie Meijers 1908, p. 154 en hiervoor in voetnoot 108. Vgl. ook Reehuis 2010, nr. 102 die opmerkt dat ook zonder art. 3:91 BW een eigendomsvoorbehoud mogelijk zou zijn geweest, hetgeen wordt bevestigd in de M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388. Zie voorts J.H.A. Lokin, ‘Bezitsverschaffing en bezitsoverdracht’, in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB*, Deventer: Kluwer 1994, p. 245-257, i.h.b. p. 247 die opmerkt dat eigenlijk elke levering machtsverschaffing is.

129 Klang/Klang 1950, § 426 ABGB, p. 316-317, Rummel/Spielbüchler 2000, § 425 ABGB, Rn. 2, Schwimann & Kodek/Klicka & Reidinger 2012, § 425 ABGB, Rn. 1 en Rummel & Lukas/Holzner 2016, § 425 ABGB, Rn. 2.

130 Zie Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 454, Rummel/Spielbüchler 2000, 357-360 ABGB, Rn. 5, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 24-25, Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 44 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063, ABGB. Rn. 18. Zie pregnant K. Spielbüchler, ‘Das Prinzip der kausalen Tradition’, in: C. Fischer-Czermak e.a. (red.), *Festschrift 200 Jahre ABGB*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2011, p. 1447-1448, die opmerkt dat het eigendomsvoorbehoud ‘nicht als Vorbehalt der Übergabe zu verstehen [ist], sondern als eine Bedingung, deren Eintritt die Übereignungswirkung erst nach geschehener Übergabe auslöst.’

131 Zie Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 48 die opmerkt dat de heersende leer ‘folglich keinen Modus im Zeitpunkt der Zahlung der letzten Kaufpreissrate [konstruiert], der notwendig in einer Übergabe kurzer Hand bestünde, sondern (...) die vorherige Setzung des Modus in Form der körperlichen Übergabe ausreichen [lässt].’

132 Zo bijv. BGB-RGRK/Pikart 1979, § 929 BGB, Rn. 26 e.v., Soergel/Henssler 2002, § 929 BGB, Rn. 49 e.v., Staudinger/Wiegand 2017, § 929 BGB, Rn. 45 e.v. en Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 318 e.v. Vgl. ook Süß 1952, p. 156.

133 Ernst 1992, p. 55 e.v., Wieling 2006, p. 297-298 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 48 en 51.

woorden: het gaat er niet alleen om dat de verkrijger de feitelijke macht verwerft over de zaak, maar deze ook ‘als ihm gehörend’ (§ 872 BGB) gaat houden.¹³⁴ De verschaffing van de feitelijke macht waarbij de verkrijger slechts houder (*Fremdbesitzer*) wordt, heeft volgens deze auteurs dan ook niet te gelden als *Übergabe*, zodat zij geen overdracht kan bewerkstelligen.¹³⁵ Deze visie leidt bij de overdracht onder opschortende voorwaarde tot problemen, omdat de koper vooralsnog slechts houder wordt en strikt genomen dus nog geen (voorwaardelijke) overdracht tot stand zou kunnen komen.¹³⁶ Opvallend genoeg wordt aan deze kwestie nauwelijks enige aandacht besteed.¹³⁷ Integendeel, er wordt algemeen van uitgegaan dat de *Übergabe* plaatsvindt op het moment dat de macht aan de koper wordt verschaft.¹³⁸ Uiteindelijk lijkt men in het Duitse recht de *Übergabe* derhalve voornamelijk feitelijk op te vatten, in die zin dat de overhandiging van de zaak aan de verkrijger afdoende is.¹³⁹

Tegen deze achtergrond zou het niet ondenkbaar zijn om ook naar Nederlands recht een meer feitelijke interpretatie te geven aan de leveringseis van artikel 3:90 lid 1 BW. Daarbij dient echter wel bedacht te worden dat het meer feitelijke begrip ‘*Übergabe*’ zich eenvoudiger leent voor een zodanige interpretatie dan het Nederlandse begrip ‘bezitsverschaffing’. Het is naar mijn mening om die reden een verstandige keuze van de wetgever geweest om het niet op een soepele interpretatie te laten aankomen, door buiten twijfel te stellen hoe de levering kan geschieden bij een eigendomsvoorbehoud. Het uitdrukkelijk uitgangspunt van het huidige recht is namelijk dat de levering dient te geschieden door middel van bezitsverschaffing.¹⁴⁰ In verband met de rechtszekerheid, in het bijzonder gelet op de gevolgen van het ontbreken van een levering voor de positie van de koper, is het gewenst dat artikel 3:91 BW hieromtrent duidelijkheid verschaft. Daarmee staat buiten twijfel dat de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde is gewaarborgd. Het bezwaar dat artikel 3:91 BW te zeer zou worden verzelfstandigd, is niet overtuigend. Zolang men bij de

134 Ernst 1992, p. 55 e.v. en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 59.

135 Wieling 2006, p. 297-298. Kritisch: W. Wiegand, ‘Die Entwicklung der Übereignungstatbestände einschließlich der Sicherungsübereignung’, in: C.-W. Canaris & A. Heldrich (red.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band 1. Bürgerliches Recht*, München: C.H. Beck 2000, p. 765 die opmerkt dat er dan wel sprake is van een *Übergabe*, maar dat de *Einigung* ontbreekt waaruit duidelijk wordt dat hij de *Übergabe* feitelijk interpreteert. Zo ook Lieder 2015, p. 393 die opmerkt dat de *Übergabe* niet enkel ter bewerkstelling van een overdracht geschiedt, maar ook in het kader van een huurovereenkomst.

136 Zie Blomeyer 1939, p. 237: ‘Die Wirksamkeit der bedingten Übereignung setzt die Übergabe der Sache an den Käufer voraus.’

137 Enkel Ernst 1992, p. 76 merkt op dat bij het eigendomsvoorbehoud sprake zou zijn van een *traditio brevi manu* onder opschortende voorwaarde, zonder de consequenties hiervan nader te problematiseren. Door MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 19 lijkt bij een eigendomsvoorbehoud te worden uitgegaan van een levering *sui generis*, namelijk een soort omgekeerd *constitutum possessorium*. Vgl. ook Wilhelm 2010, p. 363.

138 Dit valt bijvoorbeeld af te leiden uit het veelgenoemde rechtsgevolg dat de overdracht onder opschortende voorwaarde met de totstandkoming van de *Einigung* en de *Übergabe* ‘tatbestandlich vollendet ist.’ Zie bijv. BGH 21 september 1994, *NJW* 1994, 3227 en uit de literatuur bijv. Serick 1963, p. 411-414, Staudinger/Bork 2015, § 158 BGB, Rn. 18 en MünchKomm-BGB/Westermann 2015, § 158 BGB, Rn. 8.

139 Anders dan de M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1237 suggereert, is het dus niet zozeer de omstandigheid dat de het Duitse recht een ander bezitsbegrip heeft waardoor het Duitse recht met betrekking tot de levering geen problemen kent, maar de omstandigheid dat het leveringsvereiste meer feitelijk wordt geïnterpreteerd.

140 Zie ook M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1238 die opmerkt dat de constructie ook bij gebreke van art. 3:91 BW voor de hand zou liggen, maar ‘dat de wetstoepasser hier gemakkelijk op een dwaalspoor kan raken, makkelijker dan in het huidige recht waar artikel 667 B.W. geen “bezitsverschaffing” maar “enkele overgave” eist.’

interpretatie van artikel 3:91 BW maar voor ogen houdt dat de wetgever met artikel 3:91 BW niet zozeer een bijzondere dogmatische figuur heeft willen introduceren, maar vooral de eventuele onmogelijkheid van levering in verband met het feit dat de koper vooralsnog geen bezitter wordt uit de weg heeft willen ruimen, zal de bepaling niet tot onoverkomelijke problemen leiden.¹⁴¹

4.8.3.2 BEZITSVERSCAFFING ONDER OPSCHORTENDE VOORWAARDE

In een tweede visie zou de levering in het kader van het eigendomsvoorbehoud bij gebreke van artikel 3:91 BW kunnen geschieden door middel van bezitsverschaffing onder opschortende voorwaarde. In die richting gaat met name het betoog van Van Swaaij. Volgens hem mag men uit het bestaan van artikel 3:91 BW niet afleiden dat ‘temporele scheiding van levering en eigendomsovergang zonder zo’n bepaling niet of niet goed mogelijk zou zijn bij tegenwoordige roerende zaken, niet-registergoederen in de macht van de vervreemder.’¹⁴² De gedachte dat artikel 3:91 BW noodzakelijk is, berust volgens hem op een misvatting.¹⁴³ Van Swaaij merkt op dat wanneer verkoper en koper in geval van een eigendomsvoorbehoud terstond een tweezijdige verklaring afleggen ‘met de strekking dat een bezitsinterversie – *brevi manu* – plaatsvindt indien en zodra de onzekere gebeurtenis plaatsgevonden heeft (...) het bezit reeds verschaft is op het tijdstip waarop de tweezijdige verklaring is afgelegd: scheiding in de tijd van *verschaffing* van het bezit en *bezitsinterversie*.’¹⁴⁴

Daarbij laat hij in het midden of sprake is van een voorwaardelijke levering of niet: ‘Waar het om gaat is dat de levering reeds verricht is op een tijdstip dat temporeel gescheiden is van het moment waarop in verband met die levering de rechtsovergang plaatsvindt.’¹⁴⁵ Uit het feit dat hij spreekt over een tweezijdige verklaring met de strekking dat een *traditio brevi manu* plaatsvindt indien en zodra de onzekere gebeurtenis plaatsvindt, lijkt moeilijk iets anders te kunnen worden afgeleid dan dat sprake is van een levering onder opschortende voorwaarde van voldoening van de verschuldigde prestatie. Ook Bakels lijkt in die richting te denken, waar hij de levering in het kader van een eigendomsvoorbehoud construeert als bezitsverschaffing onder opschortende voorwaarde.¹⁴⁶

Noodzakelijk voor het welslagen van deze constructie is in de eerste plaats dat men de tweezijdige verklaring beschouwt als een rechtshandeling, zodat deze onder voorwaarde kan geschieden.¹⁴⁷ Maar ook wanneer men deze hobbel neemt,

¹⁴¹ Vgl. Stolz 2015, p. 883.

¹⁴² Van Swaaij 2000, p. 60.

¹⁴³ Van Swaaij 2000, p. 56-57 en p. 63-65.

¹⁴⁴ Van Swaaij 2000, p. 242-243.

¹⁴⁵ Van Swaaij 2000, p. 57.

¹⁴⁶ Bakels 1984, p. 481-482. Zo ook Bordes 1985, p. 668 en (mogelijk) Fesevur 2005, p. 240.

¹⁴⁷ Hoewel de wetgever zich in eerste instantie op het standpunt stelde dat de leveringswijzen van art. 3:115 BW rechtshandelingen zijn, werd dit later genuanceerd, in die zin dat nietigheid of vernietigbaarheid van een dergelijke bezitsoverdracht ‘niet op haar plaats [is], wanneer het enkele beroep daarop niet voldoende is om de feitelijke macht over het betreffende goed weer bij de vervreemder te doen terugkeren’, hetgeen erop neerkomt dat dan geen sprake zou zijn van een rechtshandeling. Zie M.v.A. II. en N.v.W., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 439-440. Kritisch over deze passage o.m.: Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 326 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 142. Meijers daarentegen sprak in zijn Toelichting nog onomwonden

kan deze constructie geen overdracht onder opschortende voorwaarde bewerkstelligen.¹⁴⁸ Als partijen namelijk een tweezijdige verklaring afleggen die de strekking heeft dat de verkrijger bezitter wordt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, is de verkrijger tot dat moment nog géén bezitter.¹⁴⁹ Uit de tweezijdige verklaring volgt immers dat de koper dat pas wordt zodra de voorwaarde in vervulling gaat. Aangezien artikel 3:90 lid 1 BW als leveringsseis stelt dat aan de verkrijger het bezit over de zaak wordt verschaft, is nog niet aan dat leveringsvereiste voldaan zolang de koper nog geen bezitter is. Daardoor kan in het geheel nog geen overdracht tot stand worden gebracht.¹⁵⁰ Het door Van Swaaij voorgestane onderscheid tussen het moment van verschaffing van het bezit en de uiteindelijke bezitsinterversie en het uiteenvallen in tijd van de bezitsverschaffing en bezitsinterversie is in dit verband onbestaanbaar, omdat het bezit pas is verschaft zodra de koper bezitter wordt (hetgeen bij Van Swaaij geschiedt door bezitsinterversie). Met andere woorden: eerst zodra de verkrijger daadwerkelijk bezitter is geworden, is het bezit verschaft. In de door Van Swaaij voorgestane constructie waarbij sprake is van een tweezijdige verklaring met de strekking dat de verkrijger bezitter wordt indien een onzekere gebeurtenis zich voordoet, is het bezit derhalve pas verschaft op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat en de koper de zaak vervolgens voor zichzelf gaat houden. De voorwaardelijkheid van de leveringshandeling verhindert daarmee de totstandkoming van een overdracht onder opschortende voorwaarde.¹⁵¹ Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, staat de omstandigheid dat het resultaat van de levering – de verkrijging van bezit – onderdeel vormt van het leveringsvereiste in de weg aan de aanname dat de levering al voltooid kan zijn voordat het resultaat is ingetreden. Wanneer dit resultaat derhalve is opgeschort tot het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, kan nog niet van een voltooid leveringshandeling worden gesproken. De levering is pas voltooid als de verkrijger daadwerkelijk bezitter is geworden.

van een rechtshandeling. Zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 437. Zie voor de verschillende standpunten in de literatuur Rank-Berenschot 2012, nr. 53 die overigens vooral betrekking hebben op (de vraag naar het bestaan van) de goederenrechtelijke overeenkomst in het algemeen, die dan zou worden belichaamd door de tweezijdige verklaring. Zie voor de discussie over het rechtshandelingskarakter van de levering in Duitsland hierna in voetnoot 152.

148 Zie uitgebreid hiervoor in paragraaf 4.4.1 ten aanzien van de voorwaardelijke leveringshandeling.

149 Zo reeds Von Savigny 1865, p. 245. Vgl. Scheltema 1938, p. 402, Mijnsen 1983, p. 349 en Sniijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 415.

150 Enigszins verwarrend is de passage in de parlementaire geschiedenis waarop Van Swaaij zich beroept, namelijk T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 382, alwaar de levering bij voorbaat aldus wordt getypeerd 'dat iemand het bezit van zaken, die hij zelfs niet eens houdt, aan een ander verschaft; gewoonlijk wordt dan bij voorbaat door de vervreemder voor het geval, dat de zaak in zijn macht zal komen, reeds nu geleverd.' De levering is in een dergelijk geval pas voltooid op het moment dat de vervreemder de zaken zelf in zijn macht krijgt, omdat hij dan pas het bezit kan verschaffen. Juister lijkt me dan ook de opmerking M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 384, alwaar wordt opgemerkt dat de levering bij voorbaat leidt tot een 'overdracht waaraan van rechtswege een perfecte levering [ten] grondslag ligt op het oogenblik dat het bezit [door de vervreemder; toevoeging EFV] metterdaad wordt verkregen.' (curs. toegevoegd).

151 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 1237. Vgl. Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 52: 'Der Modus läge dann wohl in einer antizipierten traditio brevi manu; einer aufschiebend bedingten Verfügung kämen keine unmittelbar sachenrechtlichen Vorwirkungen zu. Abweichend zur vorstehend ausgeführten Konstruktion würde die antizipierte traditio brevi manu bzw eine etwaige dingliche Bevollmächtigung zur Bildung des Traditionsbesitzwillens im Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung aber nicht zu einer Aufspaltung des Eigentumsrechts und damit einer sachenrechtlich beschränkten Verfügungsbefugnis des Vorbehaltsverkäufers führen. Zwischenverfügungen des Vorbehaltsverkäufers wären daher wirksam.'

Deze conclusie wordt ook getrokken in het Duitse recht. Op grond van § 854 (2) BGB is het mogelijk dat partijen de *körperliche Übergabe* vervangen door de wilsovereenstemming (*Einigung*) tussen vervreemder en verkrijger, indien de verkrijger in staat is om macht uit te oefenen over de zaak ten aanzien waarvan het bezit wordt verschaft. Hoewel omstreden is of deze wilsovereenstemming valt aan te merken als een rechtshandeling, wordt door een deel van de literatuur en in de rechtspraak aangenomen dat dit het geval is, zodat aan deze wilsovereenstemming een voorwaarde kan worden verbonden.¹⁵² Indien partijen een opschortende voorwaarde verbinden aan deze wilsovereenstemming, heeft dit echter tot gevolg dat de verkrijger (hoogstens) bezitter wordt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Zo oordeelde het BGH in een geval waarin tussen partijen was overeengekomen dat de koper hout in bezit mocht nemen onder opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs, dat een dergelijke afspraak tot gevolg heeft dat de verkoper tot het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat als bezitter moet worden beschouwd, zodat het bezit vooralsnog niet aan de koper is verschaft.¹⁵³ Hetzelfde wordt in de Duitse literatuur aangenomen voor een *constitutum possessorium* onder opschortende voorwaarde: het bezit is pas verschaft op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.¹⁵⁴ Aldus frustreert een tussentijds uitgesproken faillissement de bezits- en eigendomsverkrijging, omdat de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder aanwezig moet zijn op het moment dat de verklaring haar werking verkrijgt.¹⁵⁵

4.8.3.3 VERSCHAFFING VAN VOORWAARDELIJK BEZIT

Soortgelijke bezwaren gelden voor de opvatting van Schoordijk en Mezas, die aannemen dat artikel 3:91 BW overbodig is, omdat de koper (terstond) bezitter onder opschortende voorwaarde wordt.¹⁵⁶ Problematisch daaraan is in de eerste plaats dat men daarvoor dient te aanvaarden dat bezit een voorwaardelijk karakter kan hebben, hetgeen zich moeilijk laat rijmen met het overwegend feitelijke

152 Baur/Baur & Stürner 2009, p. 72, Wilhelm 2010, p. 223 en Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 114 met verdere verwijzingen. Anders o.m.: Wieling 2006, p. 161 en MünchKomm-BGB/Joost 2017, § 854 BGB, Rn. 29-32. Men dient deze *Einigung* die gericht is op de verschaffing van feitelijke macht te onderscheiden van de *Einigung* die noodzakelijk is voor en gericht is op de eigendomsoverdracht in de zin van § 929 BGB.

153 BGH 24 juni 1958, VIII ZR 204/57, waarover BGB-RGRK/Pikart 1979, § 929 BGB, Rn. 39 en Staudinger/Gutzeit 2012, § 854 BGB, Rn. 30. Vgl. ook RG 17 december 1909, RGZ 72, 310 en Soergel/Henssler 2002, § 929 BGB, Rn. 39. Zie voor Oostenrijk Iro 2016, p. 29. Vgl. ook Kodek 2002, p. 563-564.

154 Wolff & Raiser 1957, p. 244, Ernst 1992, p. 144-145, Staudinger/Wiegand 2017, § 930 BGB, Rn. 8, Wieling 2006, p. 311, hoewel veelal geen scherp onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen een voorwaardelijke beschikking en een voorwaardelijke bezitsverschaffing. Vgl. ook OLG Oldenburg 24 mei 1977, NJW 1977, 1780. Zie voor het Oostenrijkse recht Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 501, Rummel/Spielbüchler 2000, § 428 ABGB, Rn. 5 en KBB/Eccher & Riss 2017, § 428 ABGB, Rn. 2. Kennelijk anders Koziol 1968, p. 498 die bij een eigendomsvoorbehoud in combinatie met een voorwaardelijk *Besitzkonstitut* toch reeds van een *Anwartschaftsrecht* spreekt. Terecht merkt Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 47 echter op dat de positie van de koper slechts goederenrechtelijk is beschermd indien terstond een levering plaatsvindt. Enigszins onduidelijk is Letzgas 1938, p. 22-23 die enerzijds lijkt aan te nemen dat de levering al heeft plaatsgevonden, maar tegelijkertijd aanneemt dat de koper pas bezitter wordt zodra de voorwaarde in vervulling gaat, omdat de verkoper de zaak dan pas voor de koper gaat houden.

155 BGH 30 mei 1958, NJW 1958, 1286. Zie met verdere verwijzingen MünchKomm-InsO/Ott & Vuia 2013, § 81 InsO, Rn. 10 en Gottwald/Eickmann 2015, § 31, Rn. 6 en Rn. 48.

156 Schoordijk 1971, p. 459 en Mezas 1985, p. 5. Vgl. ook Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 286. Later (Schoordijk 1986, p. 361) gaat Schoordijk ervan uit dat de koper eerst houder is en vervolgens bezitter en lijkt daarmee zijn eerdere standpunt te verlaten, omdat uit diens opmerkingen lijkt voort te vloeien dat hij uitgaat van bezitsverschaffing onder opschortende voorwaarde. Weer later (H.C.F. Schoordijk, 'Recensie. Over de

karakter van bezit.¹⁵⁷ Bezit is het houden van een goed voor zichzelf (art. 3:107 lid 1 BW). Het valt niet goed in te zien hoe iemand een goed voorwaardelijk voor zichzelf kan houden. Men houdt een goed ofwel voor zichzelf, ofwel voor een ander.¹⁵⁸ Een voorwaardelijke variant daarvan bestaat niet.

Weliswaar is denkbaar dat aan verklaringen of rechtshandelingen die van invloed zijn op het bezit of de bezitswil, een voorwaarde wordt verbonden, maar dat heeft niet tot gevolg dat het bezit als zodanig een voorwaardelijk karakter krijgt.¹⁵⁹ Deze voorwaarden kunnen hoogstens bewerkstelligen dat het bezit op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat overgaat op een ander. Zo is denkbaar dat partijen aan een *constitutum possessorium* een opschortende voorwaarde verbinden, maar deze opschortende voorwaarde heeft dan tot gevolg dat de werking van het *constitutum possessorium* – en daarmee de bezitsverkrijging – is uitgesteld totdat de voorwaarde in vervulling gaat.¹⁶⁰ Het bezit zelf wordt daardoor niet voorwaardelijk. Ook zou men de rechtsverhouding op grond waarvan de koper in geval van een eigendomsvoorbehoud de zaak voor de verkoper houdt, kunnen typeren als een rechtsverhouding onder ontbindende voorwaarde.¹⁶¹ Men dient dan echter wel te beseffen dat de koper tot het wegvallen van die rechtsverhouding door de vervulling van de voorwaarde de zaak dus houdt voor de verkoper, zodat hij als houder heeft te gelden. Wanneer men spreekt over ‘voorwaardelijk bezit’ kan daarmee dan ook niet meer zijn bedoeld dan dat diegene in de toekomst (mogelijk) bezitter kan worden, namelijk zodra de voorwaarde in vervulling gaat.¹⁶² Aangezien diegene tot het moment nog geen bezitter is, is tot dat moment ook niet voldaan aan de eis van bezitsverschaffing van artikel 3:90 lid 1 BW.

Meer recent is Stolz daarentegen – zij het behoorlijk tentatief – tot de conclusie gekomen dat voorwaardelijk bezit mogelijk is, althans dat deze mogelijkheid niet kan worden uitgesloten.¹⁶³ Het beslissende argument is voor hem namelijk dat, als

scheidslin tussen goederen- en verbintenissenrecht’, *NJB* 1992, p. 1206) lijkt hij echter toch weer aan te knopen bij zijn eerdere standpunt. Voor het Duitse recht heeft Letzgus 1938, p. 22 verdedigd dat de koper niet alleen houder is, maar ook bezitter onder opschortende voorwaarde. Daartegen o.m. Blomeyer 1939, p. 240 met het argument ‘daß es nur einen Eigenbesitzer gebe’ en Raiser 1961, p. 72 op grond van het feit dat het feitelijke karakter van bezit aan voorwaardelijkheid in de weg staat.

157 Zie Th.B. ten Kate, ‘Bezet, rechtsinstrument in het nieuwe B.W. (boek 3), in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak, *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 271, voetnoot 22, Vriesendorp 1985a, p. 41, Nieskens-Isphording 1988, p. 298, Kortmann 1992, p. 206, Scheltema 2003, p. 239 voetnoot 49 en p. 324, Zwolve 2006, p. 10 en Verstijlen 2007, p. 827. Zie ook M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1237. Ook de meerderheid in de Duitse literatuur benadert bezit als iets feitelijks, veelal echter niet toegespitst op bezit in de zin van ons BW (*Eigenbesitz*), maar op feitelijke macht (*Besitz*) in het algemeen. Zie Wieling 2006, p. 135-136, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 85-87 en MünchKomm-BGB/Joost 2017, Vorbemerkungen zu § 854 ff, Rn. 10 met verdere verwijzingen. Niettemin wordt ook de wil om de zaak ‘als ihm gehörend zu besitzen’ (zie § 872 BGB; *Eigenbesitz*) beschouwd als een ‘natürlicher Wille’ (zie bijv. MünchKomm-BGB/Joost 2017, § 872 BGB, Rn. 4) waarmee ook het *Eigenbesitz* rechtskarakter wordt ontzegd. Bij dit alles moet worden bedacht dat bij het Duitse bezitsbegrip de nadruk ligt op de *Besitzschutz* d.w.z. de bescherming tegen eigenrichting. Vgl. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 424. Ook in het Oostenrijkse recht wordt bezit tegenwoordig als feit begrepen. Zie Klang/Kodek 2011, § 309 ABGB, Rn. 9 e.v., Koziol & Welser/Kletečka 2014, p. 283 en Iro 2016, p. 19 en p. 28. Vgl. ook G. Iro, *Besitzerwerb durch Gehilfen*, Wien: Verlag Österreich 1982, p. 25 e.v.

158 Vgl. A. Pitlo, *Korte uitleg van enige burgerlijk rechtelijke hoofdstukken*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1952, p. 44.

159 Vgl. Schoordijk 1986, p. 361, Kodek 2002, p. 553, Fesevur 2005, p. 80 en Stolz 2015, p. 863-864.

160 Zie hiervoor in paragraaf 4.8.3.2.

161 Zie hoofdstuk 8, paragraaf 8.11.

162 Vgl. Larenz 1986, p. 113.

163 Stolz 2015, p. 875-879.

men eenmaal aanvaardt dat bezit een recht is en dit recht bovendien goederenrechtelijk van aard is, bezit wel voorwaardelijk moet kunnen zijn, omdat partijen anders de mogelijkheid zouden hebben om bezit en eigendom te scheiden, hetgeen hij voor onmogelijk houdt.¹⁶⁴ De argumentatie berust daarmee op een *petitio principii* omdat de conclusie dat het bezit wel voorwaardelijk moet zijn, gebaseerd wordt op de omstandigheid dat bezit en eigendom niet kunnen worden gescheiden, terwijl de eventuele onvoorwaardelijkheid van het bezit juist tot de slotsom zou kunnen leiden dat bezit en eigendom wel degelijk uiteen kunnen vallen.

Maar ook afgezien daarvan overtuigt zijn argumentatie niet. De redenering houdt in dat bezit wel voorwaardelijk moet zijn, omdat het intreden van de voorwaarde anders zou kunnen bewerkstelligen dat de eigendom van de zaak overgaat op een ander, terwijl dat niet zou gelden voor het bezit, omdat dit bezit niet voorwaardelijk is. Aldus zou de een bezitter blijven, terwijl de ander eigenaar is geworden. Die mogelijkheid bestaat inderdaad, maar staat niet op gespannen voet met de leer van de onmogelijkheid van geïsoleerde bezits- of rechtsoverdracht en leidt evenmin tot de slotsom dat het bezit dus wel voorwaardelijk moet zijn.¹⁶⁵ Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van de overdracht onder ontbindende voorwaarde. Gedurende de periode van onzekerheid is de verkrijger onder ontbindende voorwaarde bezitter van de zaak. Zodra de voorwaarde in vervulling gaat, vervalt het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de verkrijger en verkrijgt het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de vervreemder werking, als gevolg waarvan het een onvoorwaardelijk eigendomsrecht wordt. In de regel zal de rechtsverhouding die ten grondslag ligt aan de overdracht met zich brengen dat de verkrijger vanaf het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat verplicht is de zaak voor de vervreemder te houden en zal de verkrijger dit ook gaan doen. Uit de overdracht onder ontbindende voorwaarde valt namelijk niet alleen af te leiden dat de verkrijger eigenaar en bezitter wordt van de zaak totdat de voorwaarde in vervulling gaat, maar eveneens dat de verkrijger instemt met het feit dat de vervreemder weer eigenaar wordt van de zaak zodra de voorwaarde in vervulling gaat. Gewoonlijk zal hij het eigendomsrecht van de vervreemder vanaf het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat derhalve respecteren, zodat hij vanaf dat moment als houder heeft te gelden. De vervreemder wordt door vervulling van de voorwaarde dan niet alleen weer (onvoorwaardelijk) eigenaar, maar eveneens bezitter, zodat eigendom en bezit niet zijn gescheiden.

Het is echter denkbaar dat de verkrijger niet op de hoogte is van het feit dat de voorwaarde in vervulling is gegaan of dit betwist. In dergelijke situaties zal de verkrijger zich nog beschouwen als eigenaar (onder ontbindende voorwaarde) en als bezitter manifesteren. In een zodanig geval blijft hij dan ook bezitter, hetgeen wordt bevestigd in de parlementaire geschiedenis.¹⁶⁶ Er is dan sprake van een scheiding van bezit en eigendom, omdat de verkrijger bezitter van de zaak is, terwijl de vervreemder onvoorwaardelijk eigenaar is. Dat staat evenwel niet op gespannen voet met de onmogelijkheid van geïsoleerde bezits- of rechtsoverdracht. Afgezien van het feit dat de scheiding van eigendom en bezit hier

¹⁶⁴ Stolz 2015, p. 876-877.

¹⁶⁵ Zie over de onmogelijkheid van geïsoleerde bezits- of rechtsoverdracht hierna in hoofdstuk 8, paragraaf 8.11.

¹⁶⁶ M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1216. Vgl. Scheltema 2003, p. 357-358 en Van Schaick 2014, nr. 10. Zie ook M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 152.

geen gevolg is van een handeling van partijen, maar van het feit dat de voorwaarde in vervulling gaat én – vooral – van de omstandigheid dat de verkrijger daarmee onbekend is of dit betwist, moet worden bedacht dat de reden voor de onmogelijkheid van geïsoleerde bezits- of rechtsoverdracht is gelegen in de omstandigheid dat een zodanige overdracht neerkomt op een innerlijk tegenstrijdige houding van de betrokken partijen.

Daarop zal nader in hoofdstuk 8 worden ingegaan.¹⁶⁷ Hier kan worden volstaan met de constatering dat aan de onmogelijkheid van geïsoleerde bezits- of rechtsoverdracht ten grondslag ligt dat iemand zich niet enerzijds bewust kan ontdoen van zijn eigendomsrecht, maar zich anderzijds kan blijven beschouwen als bezitter, omdat bezit de pretentie van eigendom inhoudt. Voor de hiervoor beschreven situatie rond de vervulling van een voorwaarde geldt dat echter niet. Hier gedraagt de verkrijger zich niet innerlijk tegenstrijdig door zichzelf te beschouwen als bezitter, omdat hij niet op de hoogte is van het feit dat de eigendom is overgegaan. Het uiteenvallen van bezit en eigendom volgt dus niet uit een bewuste splitsing van bezit en eigendom, maar uit de omstandigheid dat degene die de zaak onder zich heeft onkundig is van het feit dat de eigendom intussen is overgegaan op de ander. En als de verkrijger betwist dat de voorwaarde in vervulling is gegaan, is evenmin sprake van een innerlijke tegenstrijdigheid, omdat de verkrijger dan ook zal betwisten dat de vervreemder weer eigenaar is geworden, zodat zijn gemoedstoestand ten aanzien van het bezit en de eigendom volledig parallel loopt.

Al met al kan deze situatie rond de vervulling van de voorwaarde niet het bestaan van de voorwaardelijkheid van het bezit bewijzen. Integendeel, uit de omstandigheid dat denkbaar is dat de verkrijger onder ontbindende voorwaarde na vervulling van de voorwaarde desondanks bezitter blijft, volgt juist dat het bezit geen voorwaardelijk karakter heeft. De mogelijkheid van verschaffing van voorwaardelijk bezit als wijze van levering in het kader van een overdracht onder opschortende voorwaarde moet derhalve worden verworpen.

4.8.3.4 VERSCHAFFING VAN BEZIT VAN HET VOORWAARDELIJK EIGENDOMSRECHT

Tot slot is door Mezas opgemerkt dat artikel 3:91 BW overbodig is omdat de levering aan de koper simpelweg zou kunnen geschieden door de koper het bezit van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde te verschaffen.¹⁶⁸ Naar aanleiding van het arrest *Rabobank/Reuser* hebben Kortmann en Faber zich in vergelijkbare zin uitgelaten.¹⁶⁹ De omstandigheid dat de koper bezitter van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde wordt, maakt artikel 3:91 BW echter niet overbodig.

Bedacht moet worden dat het voorwerp van overdracht ook bij een overdracht onder opschortende voorwaarde de zaak zelf is, althans de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak. Noodzakelijk is derhalve dat het leveringsvoorschrift ten aanzien van dat recht wordt nageleefd. Artikel 3:90 lid 1 BW vereist in het kader van een overdracht van (de onvoorwaardelijke eigendom van) de zaak dat het

¹⁶⁷ Zie hoofdstuk 8, paragraaf 8.11.

¹⁶⁸ Mezas 1985, p. 5 en p. 44. Zie over het bezit van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde uitgebreid hierna in hoofdstuk 8, paragraaf 8.9.2.

¹⁶⁹ Zie punt 11 van hun noot onder HR 3 juni 2016, *JOR* 2016/287 (*Rabobank/Reuser*).

bezit over de zaak wordt verschaft. De verschaffing van het bezit over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is derhalve onvoldoende om te voldoen aan het leveringsvereiste van artikel 3:90 lid 1 BW, omdat aldus het leveringsvoorschrift wordt nageleefd ten aanzien van een ander object dan hetgeen partijen (willen) overdragen. De opvatting van Mezas, Kortmann en Faber lijkt impliciet samen te hangen met hun opvatting dat de overdracht onder opschortende voorwaarde per saldo een overdracht is van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Die opvatting is in paragraaf 4.5 reeds bestreden. Ook wanneer partijen de modaliteiten van de overdracht aanpassen, blijft het object van overdracht uiteindelijk (de onvoorwaardelijke eigendom van) de zaak zelf. Net zo min als de verschaffing van het bezit van een recht van vruchtgebruik voldoende is om een levering in de zin van artikel 3:90 BW en diensgevolge een eigendoms-overdracht te bewerkstelligen, is de verschaffing van bezit van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde afdoende om als levering in de zin van artikel 3:90 BW ten aanzien van de *zaak* in aanmerking te komen.¹⁷⁰

4.8.4 De wijze waarop machtsverschaffing plaatsvindt

Uit het bovenstaande volgt dat artikel 3:91 BW een zelfstandige leveringsbepaling is, die buiten twijfel stelt dat ter uitvoering van een verbintenis onder opschortende voorwaarde direct kan worden geleverd. Vervolgens is het de vraag op welke wijze aan dit vereiste van machtsverschaffing kan worden voldaan. Het gaat daarbij in het bijzonder om de vraag of de machtsverschaffing noodzakelijkerwijs dient te geschieden door middel van het feitelijk overhandigen van de zaak aan de koper of dat het ook mogelijk is om, al dan niet naar analogie van artikel 3:115 BW, de macht door middel van een tweezijdige verklaring te verschaffen. In de literatuur wordt overwegend aangenomen dat machtsverschaffing ook door middel van een tweezijdige verklaring kan geschieden.¹⁷¹ Voor het geval van machtsverschaffing door middel van een *constitutum possessorium* (althans analoog aan artikel 3:115 aanhef en onder a BW) wordt deze mogelijkheid door een aantal auteurs daarentegen verworpen.¹⁷²

¹⁷⁰ Vgl. Scheltema 2003, p. 357: 'Het is hierbij irrelevant of een beperkt gerechtigde de 'bezitter' is van zijn beperkte *recht* of niet, omdat enkel van belang is wie bezitter van de zaak zelf is.'

¹⁷¹ Van Swaaij 2000, p. 67-68, Reehuis 2004, nr. 59, Faber 2007, p. 43-44, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 246 en nr. 963, Reehuis 2013, nr. 16, Rongen 2014, p. 302, Stolz 2015, p. 894-904 en Verstijlen 2015, art. 3:91 BW, aant. 9. Veelal wordt ook Mijnsen 1983, p. 349 genoemd als aanhanger van deze leer, maar hij gaat uit van voorwaardelijke *bezitsverschaffing* d.m.v. een *constitutum possessorium* onder opschortende voorwaarde, waardoor de koper pas bezitter wordt na vervulling van de voorwaarde. Zoals hiervoor aan de orde kwam, is dat een wezenlijk andere figuur dan (onvoorwaardelijke) machtsverschaffing door middel van een *constitutum possessorium*, met alle (faillissementsrechtelijke) gevolgen van dien.

¹⁷² Kortmann 1992, p. 208, voetnoot 37 (althans hij eist dat de zaak op zijn minst voor de koper apart wordt gezet, waardoor hij kennelijk de tweezijdige verklaring als zodanig onvoldoende acht), Peter 2007, p. 134-135, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 415 en (impliciet) Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 529.

Deze aarzeling is begrijpelijk. Onder macht moet in het kader van artikel 3:91 BW worden verstaan ‘het rechtstreeks of via een derde ter beschikking hebben van de zaak, zodanig dat het mogelijk is een ander het bezit daarvan te verschaffen, doch onverschillig of van de kant van de vervreemder enig recht op de zaak bestaat.’¹⁷³ Macht is daarmee in feite bezit minus de eigendomspretentie, dat wil zeggen: bezit zonder de wil om de zaak voor zichzelf te houden (art. 3:107 BW).¹⁷⁴ Aldus valt macht gelijk te stellen met houderschap in ruime zin. Het gaat daarbij niet om het houderschap in de zin van het houden van een zaak voor een ander (houderschap in enge zin), maar om het ongekleurde houderschap, dat wil zeggen: het houden van de zaak.¹⁷⁵ Ook een bezitter is derhalve machthebber en houder in ruime zin, omdat hij feitelijke macht over de zaak uitoefent en de zaak daarmee houdt, namelijk voor zichzelf.¹⁷⁶

Buiten kijf staat dat in ieder geval fysieke macht over de zaak voldoende is om te kwalificeren als machtsverschaffing. Het feitelijk overhandigen van de zaak door de verkoper aan de koper voldoet daarmee zonder meer aan artikel 3:91 BW. Ook wanneer de zaak aldus wordt geleverd dat een derde de zaak voortaan gaat houden voor de koper (machtsverschaffing *longa manu*), is aan het machtsvereiste voldaan. De macht van de koper ligt dan besloten in het feit dat de derde de zaak na de mededeling gaat houden voor de koper. De macht die de koper over de zaak uitoefent volgt uit de rechtsverhouding met de derde, die tot hem in een ondergeschikte verhouding staat.¹⁷⁷ De derde is op grond van de rechtsverhouding verplicht de zaak onder bepaalde voorwaarden en op een zeker moment af te geven aan de koper. De koper is heeft als middellijk machthebber derhalve macht over de zaak, omdat hij een zekere mate van invloed kan uitoefenen over de zaak en de onmiddellijk machthebber in meer of mindere mate de instructies van de middellijk machthebber dient op te volgen, omdat hij het betere recht van de middellijk machthebber erkent.¹⁷⁸ De koper verkrijgt derhalve middellijke macht over de zaak, indien een derde die de zaak houdt voor de verkoper, de zaak na de overdracht onder opschortende voorwaarde voor de verkrijger gaat houden (art. 3:115 aanhef en onder c BW). Aldus oefent de koper macht uit over de zaak, omdat hij de zaak (onder bepaalde voorwaarden) kan opeisen van de derde. Dat de koper op zijn beurt tot de verkoper in een rechtsverhouding staat die de strekking heeft dat de koper de zaak voor de verkoper houdt, doet daar niet aan af.¹⁷⁹ Beslissend is dat de koper zeggenschap heeft over de zaak via de derde, welke zeggenschap hij op zijn beurt uitoefent als houder (in enge zin) voor de verkoper. Bovendien is ook overeenkomstig de definitie van de wetgever voldaan

173 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 384. Zie ook M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 389 en T.M., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 96. Zie uit de literatuur bijv. Reehuis 2004, nr. 59, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 120 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 529. Zie kritisch over de term macht: Vriesendorp 1985a, p. 46-51 en Fesevur 2005, p. 98 en p. 107.

174 Reehuis 2004, nr. 59, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 415, Reehuis 2013, nr. 16 en Stolz 2015, p. 887-889.

175 Zie over dit dubbele gebruik van de term houden Vriesendorp 1985a, p. 46-47, Rank-Berenschot 2012, nr. 4, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 126 en Van Schaick 2014, nr. 5.

176 Faber 2000, p. 176, voetnoot 7.

177 Vgl. Wolff & Raiser 1957, p. 31-32, Wieling 2006, p. 230 e.v., Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 73-78, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 126, Klang/Kodek 2011, § 309 ABGB, Rn. 21, Schwimann & Kodek/Grüblinger 2012, § 309 ABGB, Rn. 3 en MünchKomm-BGB/Joost 2017, § 868 BGB, Rn. 8 e.v. Enigszins anders: BGH 19 januari 1955, *NJW* 1955, 499.

178 Van Schaick 2014, nr. 6. Vgl. ook Rank-Berenschot 2012, nr. 7.

179 Vgl. Van Schaick 2014, nr. 6.

aan het begrip macht, omdat de koper in staat is een ander het bezit van de zaak te verschaffen, door de derde die de zaak voor de koper houdt te instrueren de zaak voortaan voor de ander te gaan houden.¹⁸⁰

Als de zaak echter achterblijft bij de verkoper, is niet voldaan aan het vereiste van machtsverschaffing. Als de zaak achterblijft bij de verkoper, houdt hij de zaak niet voor de koper. Hij kan zich tegen de opvordering van de zaak door de koper verwerven door middel van zijn bezit en eigendom. Bezit en houderschap in enge zin zijn de enige hyponiemen van het overkoepelende begrip macht (of houderschap in ruime zin). Men heeft dus slechts macht als men ofwel bezitter, ofwel houder (in enge zin) is.¹⁸¹ Gedurende de periode van onzekerheid is de koper geen bezitter en zolang de verkoper de zaak nog onder zich heeft, is hij evenmin houder (in enge zin). Men kan een zaak immers niet houden voor de bezitter die de zaak zelf onder zich heeft.

Om vergelijkbare redenen neemt het Duitse recht aan dat een verkrijger geen macht uitoefent over een zaak wanneer de vervreemder vooralsnog zelf macht blijft uitoefenen over de zaak. Wanneer de vervreemder de zaak beschikbaar houdt voor de verkrijger en hij de zaak te allen tijde zou kunnen ophalen, oefent de verkrijger vooralsnog geen macht uit over de zaak.¹⁸² Dat ligt slechts anders bij een daadwerkelijk *constitutum possessorium*, maar die levering stuit op moeilijkheden bij het eigendomsvoorbehoud, omdat de koper gedurende de periode van onzekerheid nog geen bezitter wordt. Hoewel de kwestie niet echt uitdrukkelijk aan de orde komt, lijkt een deel van de literatuur inderdaad aan te nemen dat een overdracht onder opschortende voorwaarde niet kan geschieden door middel van een *constitutum possessorium*. Zolang de voorwaarde namelijk nog niet in vervulling is gegaan, houdt de verkoper de zaak voor zichzelf en is aan de koper geen macht (*Besitz*) verschaft.¹⁸³ Aldus komt een overdracht onder opschortende voorwaarde door middel van een *constitutum possessorium* per saldo neer op een overdracht met een uitgestelde levering, dat wil zeggen: een *constitutum possessorium* onder opschortende voorwaarde.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Zie over de levering *longa manu* door een houder met verdere verwijzingen Rank-Berenschot 2012, nr. 56, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 240 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 321.

¹⁸¹ Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 336.

¹⁸² BGH 30 mei 1958, *NJW* 1958, 1286 met verdere verwijzingen. Zie ook Baur/Baur & Stürner 2009, p. 72 en Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 114. Kritisch: MünchKomm-BGB/Joost 2017, § 854 BGB, Rn. 35 die meent dat in een dergelijk geval wel degelijk sprake is van *Mitbesitz*, maar dit niet voldoende acht voor eigendomsoverdracht.

¹⁸³ Wolff & Raiser 1957, p. 244, Wieling 2006, p. 311 en Staudinger/Wiegand 2017, § 930 BGB, Rn. 8. Mogelijk anders: MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 930 BGB, Rn. 8 die namelijk aanneemt dat '[b]ei aufschiebend bedingter Übereignung (...) der Besitz des Veräußerers nur im Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäfts, nicht aber bei Bedingungseintritt vorliegen [muss]', waaruit lijkt te moeten worden afgeleid dat de *Übergabe* kennelijk al heeft plaatsgevonden. Daartegen (naast de in deze noot reeds genoemde auteurs): BGB-RGRK/Pikart 1979, § 930 BGB, Rn. 5, Soergel/Henssler 2002, § 930 BGB, Rn. 7 en Erman/Michalski 2011, § 930 BGB, Rn. 3.

¹⁸⁴ Overigens trekken enkel Planck/Brodmann 1933, § 930 BGB, Anm. 4, Blomeyer 1939, p. 243 en Wieling 2006, p. 311 expliciet deze conclusie. Mogelijk anders: Wilhelm 2010, p. 363, voetnoot 1535 en p. 921, voetnoot 3601. Opvallend genoeg wordt in de insolventierechtelijke literatuur daarentegen impliciet aangenomen dat de levering wél door middel van een c.p. kan geschieden, zonder de kwestie überhaupt te problematiseren. Zie bijv. MünchKomm-InsO/Ott & Vuia 2013, § 107 InsO, Rn. 18 en Uhlenbruck/Wegener 2015, § 107 InsO, Rn. 6. Er wordt niet stilgestaan bij de omstandigheid dat de verkoper gedurende de periode van onzekerheid nog *Eigenbesitzer* is. Zie voor een opmerkelijk voorbeeld OLG Düsseldorf

Desalniettemin moet naar mijn mening worden aanvaard dat de machtsverschaffing ook door middel van een *constitutum possessorium* kan geschieden. Van belang is daarvoor dat artikel 3:91 BW enkel is ingevoerd teneinde de moeilijkheden weg te nemen die zouden bestaan wanneer de levering op de voet van artikel 3:90 BW zou moeten plaatsvinden. In de kern strekt de bepaling er daarmee toe aan de belangen van de koper tegemoet te komen, omdat hij terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verwerft, doordat de levering terstond kan plaatsvinden, waarmee de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde is gewaarborgd. Tegen die achtergrond kan men zich afvragen welke bezwaren bestaan tegen machtsverschaffing door middel van een tweezijdige verklaring, nu het ontbreken van die mogelijkheid uitsluitend nadelig uitwerkt voor de koper.¹⁸⁵

Deze doelstelling van artikel 3:91 BW biedt daarmee een sterke indicatie voor de mogelijkheid van machtsverschaffing door middel van een *constitutum possessorium*. De wetgever heeft het vereiste van machtsverschaffing niet ingevoerd om slechts een beperkt aantal leveringswijzen mogelijk te maken bij de overdracht onder opschortende voorwaarde, maar heeft de leveringswijze juist ingevoerd teneinde het mogelijk te maken dat de levering zich terstond kan voltrekken. Of anders gezegd: met artikel 3:91 BW heeft de wetgever per saldo niet zozeer willen vastleggen wat de koper wél diende te verkrijgen door de levering (macht), maar vooral wat de koper vooralsnog niet behoeft te worden verschaft (bezit). Gelet op die doelstelling valt niet goed in te zien waarom de leveringswijzen van artikel 3:115 BW niet (analoog) zouden kunnen worden toegepast op de machtsverschaffing van artikel 3:91 BW.¹⁸⁶ Dogmatische moeilijkheden bestaan slechts bij een *constitutum possessorium*. Omdat de verkoper bezitter blijft van de zaak, oefent de koper gedurende de periode van onzekerheid bij een zodanige tweezijdige verklaring geen enkele macht uit over de zaak. Afgezien van dit technisch-juridische argument, bestaan er echter geen bezwaren tegen een zodanige tweezijdige verklaring. De schuldeisers van de verkoper worden door deze leveringswijze niet benadeeld, aangezien de verkoper de eigendom pas verliest zodra de koper de verschuldigde tegenprestatie heeft voldaan. Bovendien worden ouder gerechtigden naar analogie met artikel 3:90 lid 2 BW beschermd tegen de machtsverschaffing *solo consensu*.¹⁸⁷

16 januari 2013, *NZI* 2013, 303 waarin wordt aangenomen dat de koper onder eigendomsvoorbehoud door een levering c.p. *Eigenbesitzer* (bezitter) is geworden, omdat de verkoper – als eigenaar – de zaak voor de koper is gaan houden. Mogelijk is daarbij gedacht aan de figuur van het zgn. *mehrstufiger mittelbarer Besitz*. Daarbij wordt het voor mogelijk gehouden dat de bezitter (*Eigenbesitzer*) van een zaak, de zaak voor een ander houdt, die de zaak op zijn beurt weer voor de bezitter houdt. Daarvan is bijv. sprake als de verhuurder een gedeelte van de huurruimte onderhuurt van de huurder. Zie daarover met verdere verwijzingen MünchKomm-BGB/Joost 2017, § 871 BGB, Rn. 2 en Bamberger & Roth/Fritzsche 2017, § 871 BGB, Rn. 3. Slechts door een enkeling wordt een zodanige constructie genoemd in het kader van de levering bij een eigendomsvoorbehoud. Zie bijv. Brecht 1912, p. 282-285 en L. Michalski, 'Versuch einer Korrektur der Inkongruenz von § 933 und § 934 BGB', *AcP* 1981, p. 404. Mogelijk moet de verklaring voor de mogelijkheid van een *Besitzkonstitut* bij het eigendomsvoorbehoud ook naar Oostenrijks recht in die constructie worden gezocht. Door Frotz 1970, p. 161, voetnoot 291 en Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 498 wordt een levering c.p. bij een eigendomsvoorbehoud zonder meer voor mogelijk gehouden, zonder dat dit echter wordt geïmpliciteerd.

185 Vgl. voor een dergelijke meer pragmatische insteek de voor het overige nogal hybride passage van Wilhelm 2010, p. 363, voetnoot 1535.

186 Verstijlen 2015, art. 3:91 BW, aant. 9. Vgl. ook Stolz 2015, p. 895.

187 Faber 2007, p. 44, voetnoot 24, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 246 en nr. 963 en Verstijlen 2015, art. 3:91 BW, aant. 10.

Doorslaggevend acht ik bovendien dat de machtsverschaffing van artikel 3:91 BW vanzelfsprekend geen continu karakter behoeft te hebben.¹⁸⁸ Zodra de macht aan de koper is verschaft door feitelijke overhandiging van de zaak, is aan het vereiste van machtsverschaffing voldaan. Verliest de koper daarna de macht over de zaak, bijvoorbeeld omdat hij de zaak weer afgeeft aan de verkoper, dan doet dat geen afbreuk aan de levering, die immers al heeft plaatsgevonden. Gelet op deze omstandigheid dient naar mijn mening het argument dat oorspronkelijk tot de acceptatie van het *constitutum possessorium* als wijze van bezitsverschaffing heeft geleid, evenzeer te gelden voor de toelaatbaarheid van de machtsverschaffing door een *constitutum possessorium*: een rechtsstelsel neemt zichzelf niet serieus wanneer het een tweezijdige verklaring met de strekking dat partijen de zaak leveren niet voldoende acht, maar tegelijkertijd als levering wel genoeg neemt met de verschaffing van de macht over de zaak aan de koper door middel van fysieke overgave, terwijl deze macht terstond weer ongedaan wordt gemaakt.¹⁸⁹ Een dergelijk heen-en-weer overgeven van de zaak dient geen enkel redelijk doel, zodat men beter genoeg kan nemen met een tweezijdige verklaring. De enigszins paradoxale conclusie is daarmee wel dat, hoewel macht als houderschap in ruime zin gedefinieerd moet worden als bezit of houderschap in enge zin, ook aan het vereiste van machtsverschaffing is voldaan indien de koper houder noch bezitter wordt.

4.9 Conclusie

In dit hoofdstuk is de constructie van het eigendomsvoorbehoud onderzocht. Artikel 3:92 lid 1 BW begrijpt het bedingen van een eigendomsvoorbehoud bij wijze van vermoeden als een overdracht onder opschortende voorwaarde.

Geconcludeerd is dat de voorwaardelijkheid van de titel de beste verklaring vormt voor de voorwaardelijkheid van de overdracht. Aan de verbintenis tot overdracht die de titel vormt, is een opschortende voorwaarde verbonden. Op grond van het causale stelsel van overdracht bewerkstelligt een levering ter uitvoering van een zodanige verbintenis dat de opschortende voorwaarde doorwerkt in de overdracht, zodat een overdracht onder dezelfde voorwaarde wordt gerealiseerd. De opgeschorte werking van de verbintenis staat niet aan een directe levering ter uitvoering van die verbintenis in de weg. Een vergelijkbare constructie laat zich ook denken door middel van een voorwaardelijke levering, voor zover de voorwaardelijkheid van de levering betrekking zou hebben op de op overdracht gerichte wils-overeenstemming die zich manifesteert in de goederenrechtelijke overeenkomst. Aldus werkt de aan de goederenrechtelijke overeenkomst verbonden opschortende voorwaarde op vergelijkbare wijze door in de overdracht.

¹⁸⁸ Vgl. Stolz 2015, p. 888.

¹⁸⁹ Vgl. A.J.M. Holster, 'Is het noodig dat bij verkoop van roerende zaken, welke dadelijk in bruikleen aan den verkoper worden gegeven, levering plaats hebbe?', *Regt en Wet* 1854, p. 218-219, H.L. Drucker, *Bezitsverkrijging en bezitsverlies door derden* (diss. Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1879, p. 216 en Scheltema 1938, p. 401. Zie ook de *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III: Sachenrecht*, p. 197.

In ieder geval geldt dat de leveringshandeling, dat wil zeggen de uitvoeringshandeling die nodig is om een overdracht te bewerkstelligen, onvoorwaardelijk is. De voorwaardelijkheid van de leveringshandeling zou namelijk beletten dat reeds voor vervulling van de voorwaarde een overdracht tot stand zou komen. Met artikel 3:91 BW heeft de wetgever ook duidelijk gemaakt dat de leveringshandeling meteen onvoorwaardelijk kan worden verricht door de koper de macht over de zaak te verschaffen. Bij gebreke van die bepaling zou dat op moeilijkheden kunnen stuiten, omdat de zaak dan door bezitsverschaffing zou moeten worden geleverd, terwijl de koper gedurende de periode van onzekerheid nog geen bezitter is. Hoewel de mogelijkheid van een levering door machtsverschaffing ook voor de hand zou liggen bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling, heeft de wetgever er goed aan gedaan dit uitdrukkelijk te bepalen. Tegen deze achtergrond is geconcludeerd dat artikel 3:91 BW er uitsluitend toe strekt een levering voor vervulling van de voorwaarde mogelijk te maken, zodat de bepaling ook niet in de weg staat aan consensuele wijzen van machtsverschaffing.

5 | Uitoefening van het eigendomsvoorbehoud

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Centraal staat daarbij het in hoofdstuk 2 ontvouwen standpunt dat het bedingen van het eigendomsvoorbehoud ertoe strekt de positie van de verkoper bij ontbinding van de koopovereenkomst te waarborgen, zodat het eigendomsvoorbehoud geen met het pandrecht vergelijkbare zekerheidsfiguur is. Daarmee biedt het eigendomsvoorbehoud bovendien geen zekerheid voor de nakoming van de koopprijsvordering, omdat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud noodzakelijkerwijze samenvalt met ontbinding van de koopovereenkomst, althans wanneer een zodanige uitoefening een definitief karakter heeft.

De rode draad van dit hoofdstuk wordt daarmee gevormd door de verhouding van het eigendomsvoorbehoud tot de koopovereenkomst, waarin het beding is ingebed. Betoogd wordt dat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in beginsel pas mogelijk is na ontbinding van de koopovereenkomst (paragraaf 5.2). Aangezien de partijautonomie op dit punt beslissend is, kunnen partijen echter ook anders overeenkomen (paragraaf 5.3). Dat geeft aanleiding tot de vraag wanneer de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud leidt tot ontbinding van de koopovereenkomst (paragraaf 5.4). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de vraag of het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud leidt tot een wijziging van de verplichting tot eigendomsoverdracht, die bij een koopovereenkomst op de verkoper rust (paragraaf 5.5). Vervolgens wordt de wijdverbreide opvatting in de Duitse en Oostenrijkse literatuur onder de loep genomen, die inhoudt dat de definitieve uitoefening van het eigendomsvoorbehoud niet noodzakelijkerwijze tot ontbinding van de koopovereenkomst hoeft te leiden, omdat het ook mogelijk is het eigendomsvoorbehoud uit te oefenen door middel van executie (paragraaf 5.6). Daarna wordt aandacht besteed aan de eventuele verplichting van de verkoper om bij afwikkeling van de koopovereenkomst na ontbinding eventuele ‘overwaarde’ te vergoeden aan de koper (paragraaf 5.8). Tot slot wordt onderzocht wat de gevolgen van verjaring van de rechtsvordering ter zake van de tegenprestatie zijn voor het eigendomsvoorbehoud (paragraaf 5.9).

5.2 Ontbinding als voorwaarde voor uitoefening

In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in beginsel ontbinding van de onderliggende koopovereenkomst tot gevolg heeft.¹ Tegelijkertijd wordt het veelal eveneens voor mogelijk gehouden dat de verkoper slechts overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud als tijdelijke maatregel, indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie.² Een dergelijke uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, die hierna als geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud wordt aangeduid, zou volgens deze auteurs een pressiemiddel kunnen zijn om de koper te bewegen de verschuldigde tegenprestatie te voldoen. Bovendien zou de betalingsonmacht volgens sommigen een bedreiging voor het eigendomsrecht van de verkoper kunnen vormen, zodat het gewenst kan zijn dat de verkoper de verkochte zaak snel kan terugnemen.

Het is derhalve de vraag of voor de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud voldoende is dat de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie of dat daarenboven vereist is dat de verkoper de koopovereenkomst ontbindt. Als uitgangspunt heeft naar mijn mening te gelden dat de verkoper niet tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud kan overgaan zonder daaraan voorafgaand of in ieder geval gelijktijdig ook de koopovereenkomst te ontbinden. Zoals in hoofdstuk 2 is gebleken, strekt het bedingen van een eigendomsvoorbehoud ertoe dat de verkoper ten aanzien van zijn verplichting tot eigendomsoverdracht het wettelijk uitgangspunt van ‘gelijk oversteken’ handhaaft door de nakoming van die verplichting afhankelijk te maken van de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie door de koper. Tegelijkertijd strekt het eigendomsvoorbehoud ertoe de koper in een zodanige positie te brengen, dat vervulling van de voorwaarde ook automatisch eigendomsovergang tot gevolg heeft. Dit wordt bereikt doordat de verkoper zijn verplichting tot (af-) levering niet opschort, als gevolg waarvan terstond een overdracht onder opschortende voorwaarde wordt gerealiseerd. De verkoper verplicht zich ten aanzien van zijn verplichting tot (af)levering van de zaak derhalve om als eerste te presteren.³ Aldus wordt gedeeltelijk afgeweken van de regel van artikel 7:26 lid 2 BW omdat de verkoper op grond van die bepaling ook de mogelijkheid zou hebben om ook de (af)levering op te schorten. Omdat de verkoper zich met betrekking tot de verplichting tot (af)levering tot *Vorleistung* heeft verplicht, kan hij ter zake van die verplichting geen beroep doen op de *exceptio non adimpleti contractus* van artikel 6:262 BW.⁴ Hieruit blijkt dat de verplichting tot de

1 Fesevur 1979, p. 133, voetnoot 29, Vriesendorp 1985a, p. 66, Mezas 1985, p. 13, Brahn 1991, p. 135, Mincke 1995, p. 176, Reehuis 2013, nr. 85, Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 38.2 en aant. 39.1, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 540, Rongen 2017, p. 225 en Schuijling 2017, p. 25. Anders: Stein 1970, p. 45, die aanneemt dat de koopovereenkomst enkel wordt ontbonden als partijen een beding hebben opgenomen in de koopovereenkomst met een dergelijke strekking.

2 Schoordijk 1971, p. 458 en p. 460, Vriesendorp 1985a, p. 66, Brahn 1991, p. 135-136, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 970, Reehuis 2013, nr. 82 en nr. 84 en Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 38.3 en aant. 39.1.

3 Serick 1963, p. 121, Blomeyer 1969, p. 2118, P. Bydliński, ‘Eigentumsvorbehalt und Rücktrittsrecht’, *RdW* 1984, p. 100-101, Huber 1987, p. 755, Staudinger/Schwarze 2015, § 320 BGB, Rn. 25 en MünchKomm-BGB/Emmerich 2016, § 320 BGB, Rn. 18.

4 Streefkerk 2013, nr. 8.5. Zie voor het Duitse recht Staudinger/Schwarze 2015, § 320 BGB, Rn. 6 en 85 en MünchKomm-BGB/Emmerich 2016, § 320 BGB, Rn. 43 en voor Oostenrijk Schwimann & Kodek/Spitzer & Binder 2014, § 1052 ABGB, Rn. 23 en KBB/Apathy & Pener 2017, § 1052 ABGB, Rn. 4.

verschaffing van de macht over de zaak aan de koper niet afhankelijk is van de vraag of de koper zijnerzijds ook presteert. Door ten aanzien van de (af-) leveringsverplichting de verplichting om als eerste te presten op zich te nemen, heeft de verkoper de mogelijkheid prijsgegeven om ten aanzien van die verplichting een opschortingsrecht geldend te maken.⁵

Uit deze verdeling van de verplichtingen blijkt dat de koper, behoudens een afwijkende partijafpraak, terstond gerechtigd is om de zaak onder zich te hebben. Uit de *Vorleistungspflicht* van de verkoper met betrekking tot de (af-) leveringsverplichting volgt voor de koper derhalve een gebruiksrecht ten aanzien van de verkochte zaak. Als de koper de zaak ter uitvoering van de (af)leveringsverplichting onder zich krijgt, houdt hij de zaak derhalve niet zonder recht in de zin van artikel 5:2 BW, zodat hij zich tegen de opvordering van de verkoper kan verweren met een beroep op zijn uit de koopovereenkomst voortvloeiende gebruiksrecht.⁶

Anders dan in de literatuur veelal wordt aangenomen, is dit gebruiksrecht van de koper niet afhankelijk van de vraag of de koper zijn verplichtingen zijnerzijds plichtsgetrouw nakomt.⁷ Degene die de verplichting op zich neemt om als eerste te presteren, verricht zijn prestatie namelijk niet onder de voorwaarde dat de wederpartij zijn verplichtingen ook nakomt.⁸ De bevoegdheid voor de verkoper om de zaak van de koper op te vorderen met instandhouding van de koopovereenkomst, zou neerkomen op het eigenmachtig herstellen van het uitgangspunt van de volstrekte wederkerigheid van artikel 7:26 lid 2 BW, namelijk dat de koper ook pas (weer) recht heeft op de feitelijke macht over de zaak, zodra hij zijn verplichtingen nakomt. Aldus zou de verkoper eenzijdig in staat zijn om de situatie in het leven te roepen waarvan partijen met het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud juist uitdrukkelijk zijn afgeweken: de opschorting van de nakoming van de verplichting tot (af)levering totdat de koper de koopprijs voldoet.

Bij dit alles is voorts van belang dat degene die reeds gepresteerd heeft, niet de bevoegdheid heeft om zijn prestatie terug te vorderen, omdat de wederpartij is tekortgeschoten in de nakoming van de daartegenover staande verplichting(en). De verkoper kan de zaak derhalve niet opvorderen omdat de (af)levering onverschuldigd zou hebben plaatsgevonden.⁹ Door Verstijlen is daarentegen

⁵ Vgl. Schürmann 1932, p. 41-43.

⁶ Vgl. Fesevur 1979, p. 133, voetnoot 29, Mezas 1985, p. 13, Mincke 1995, p. 176 en Reehuis 2013, nr. 87.

⁷ Zo echter Serick 1963, p. 136-137, Schoordijk 1959, p. 28, Müller 1969, p. 1496, Vriesendorp 1985a, p. 65, Reehuis 2013, nr. 87 en Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 38.1.

⁸ Vgl. Blomeyer 1969, p. 2117.

⁹ M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 208 en T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 994-995. Zo ook: E.M. Meijers in zijn noot onder HR 9 december 1932, *NJ* 1933, p. 300, S.N. van Opstall, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen. Eerste gedeelte*, Groningen: Wolters 1959, p. 168, voetnoot 2 (tenzij bij vergissing is gepresteerd), Heyning-Plate 1969, p. 35-36, F. Brandsma, 'De exceptio non adimpleti contractus en de conditio indebiti', *GrOM* 2010, p. 147-162, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 287, Streefkerk 2013, nr. 26.1 en Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 287. Vgl. ook S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht. Eerste deel: De verbintenis in haar eenvoudigsten vorm*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948, p. 535. Anders: H.W.J. Bosch, *De exceptio non adimpleti contractus* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: H.P. de Swart 1936, p. 56-57 en p. 77. Zie voor het Duitse recht Blomeyer 1969, p. 2118, BGH 1 juli 1970, *NJW* 1970, 1733 en Lambsdorff 1974, p. 43. Kernachtig Blomeyer 1968, p. 692, voetnoot 14: '§ 320 BGB [art. 6:262 BW; toevoeging EFV] heilt nicht, sondern beugt nur vor.' In Oostenrijk bestaat op dit punt discussie, maar niet voor het geval dat de partij die gepresteerd heeft *vorleistungspflichtig* is. Zie met verdere verwijzingen Schwimann & Kodek/Mader 2016, § 1434 ABGB, Rn. 3 en KBB/Kozioł & Spitzer 2017, § 1434 ABGB, Rn. 1.

verdedigd dat de verkoper de zaak met een beroep op de onzekerheidsexceptie van artikel 6:263 BW zou kunnen opvorderen.¹⁰ De onzekerheidsexceptie heeft echter slechts betrekking op het geval dat een partij de verplichting op zich heeft genomen om als eerste te presteren, maar daaraan nog geen uitvoering heeft gegeven. Deze partij kan dan alsnog opschorten, indien haar na het sluiten van de overeenkomst omstandigheden ter kennis zijn gekomen, die goede grond geven te vrezen dat de wederpartij haar daartegenover staande verplichtingen niet zal nakomen. Indien daarentegen voor die tijd al gepresteerd is, verschaft artikel 6:263 BW geen terugvorderingsrecht. Aan het Nederlandse recht ligt ten grondslag dat de partij die van haar verplichtingen bevrijd wil worden omdat de wederpartij haar verplichtingen niet nakomt, de weg van de ontbinding dient te bewandelen.¹¹

De mogelijkheid van een geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud zou bovendien niet stroken met de beweegredenen voor het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud. Aan het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud ligt dikwijls de wens ten grondslag dat de koper de verkochte zaak reeds voor betaling kan gebruiken. Aldus kan de koper door middel van het gebruik van de zaak – en eventueel door verwerking en vervreemding – de opbrengsten genereren die nodig zijn om de koopprijs te voldoen.¹² De geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud zou daarmee een averechts effect kunnen hebben, omdat de koper niet meer in staat is de koopprijs te verdienen door middel van zijn bedrijfsactiviteiten.¹³ Het stemt derhalve overeen met de strekking van het eigendomsvoorbehoud dat de koper gebruik kan blijven maken van de zaak, ondanks het feit dat hij in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie. Een omkering van deze volgorde, in die zin dat de koper eerst de verschuldigde tegenprestatie zou moeten voldoen alvorens hij de zaak weer mag gebruiken, kan aldus nadelig uitwerken voor de koper, hetgeen te meer zou gelden indien een verbreed eigendomsvoorbehoud is overeengekomen.¹⁴

Gelet op deze karakteristieken van het eigendomsvoorbehoud, die een gevolg zijn van de inbedding van het beding in een koopovereenkomst, gaat ook de parallel met artikel 3:237 lid 3 BW niet op, welk artikel een expliciete wettelijke

¹⁰ Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 38.3.

¹¹ Zie met verdere verwijzingen punt 2.7 en punt 2.31.4 van de conclusie van A-G Wissink voor HR 8 juli 2011, *NJ* 2012, 684 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*G4/Hanzevast*). Naar Duits recht is dit mogelijk anders. Buitengewoon omstreden is de vraag of de schuldeiser die conform § 281 BGB voor vervangende schadevergoeding kiest, van zijn eigen verplichting bevrijd wordt, althans bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding rekening moet c.q. kan worden gehouden met het feit dat de schuldeiser zelf al dan niet nog moet presteren. Zie met verdere verwijzingen Staudinger/Schwarze 2014, § 280 BGB, Rn. E 39 e.v. en Staudinger/Schwarze 2014, § 281 BGB, Rn. D 21, MünchKomm-BGB/Ernst 2016, § 325 BGB, Rn. 6-9, MünchKomm-BGB/Emmerich 2016, Vorbem. zu § 281 BGB, Rn. 12-18. Voor het Nederlandse recht staat vast dat degene die van zijn eigen verplichting bevrijd wil worden ook in een dergelijk geval voor ontbinding dient te kiezen. Zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 302-303 en Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 403.

¹² M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 12, Blomeyer 1969, p. 2121, BGH 1 juli 1970, *NJW* 1970, 1733 en Lange 1971, p. 514. Vgl. ook Erman/Grunewald 2011, § 449 BGB, Rn. 14.

¹³ Vgl. OGH 28 oktober 1971, zaaknr. 1Ob284/71: 'In der Regel wird ja die Gewährung einer längeren Zahlungsfrist vereinbart, weil der Käufer zu einer sofortigen Zahlung nicht bereit und wohl auch nicht in der Lage ist und sich die Zahlungsmittel wenigstens zum Teil erst durch Weiterverkauf der gelieferten Ware (ohne oder nach Verarbeitung) beschaffen will. Es wäre wirtschaftlich nicht zu rechtfertigen, den schon unter günstigeren Vermögensverhältnissen nicht barzahlungspflichtigen oder -fähigen Käufer gerade bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse nun dazu zu verhalten, die Ware dennoch und nunmehr gegen Barzahlung zu übernehmen.'

¹⁴ BGH 1 juli 1970, *NJW* 1970, 1733.

grondslag biedt voor opeising van een vuistloos verpande zaak door de pandhouder bij dreigend tekortschieten van de pandgever. Het eigendomsvoorbehoud biedt immers geen zekerheid voor de voldoening van de koopprijsvordering, maar waarborgt de rechten van de verkoper in geval van ontbinding. In overeenstemming met die functie moet dan ook worden aangenomen dat de verkoper zijn rechten ook pas geldend kan maken indien hij overgaat tot ontbinding.

Op vergelijkbare gronden is in Duitsland door het BGH uit de functie van het eigendomsvoorbehoud afgeleid dat de verkoper niet bevoegd is de zaak terug te nemen zonder gelijktijdige ontbinding van de koopovereenkomst.¹⁵ Deze rechtspraak is bij de herziening van het Duitse verbintenissenrecht in 2002 bovendien gecodificeerd in § 449 (2) BGB:

‘Auf Grund des Eigentumsvorbehalts kann der Verkäufer die Sache nur herausverlangen, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist.’

De bepaling strekt er volgens de Duitse wetgever toe te voorkomen dat de koper de koopprijs moet betalen, terwijl hij de verkochte zaak niet meer kan gebruiken.¹⁶ In de Oostenrijkse literatuur en rechtspraak wordt op basis van soortgelijke argumenten hetzelfde aangenomen.¹⁷

De onmogelijkheid van geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud strekt aldus ter bescherming van de koper.¹⁸ In de eerste plaats wordt voorkomen dat de koper gehouden is de tegenprestatie te voldoen, zonder dat hij de gekochte zaak ook kan gebruiken. Ten tweede wordt eveneens voorkomen dat de verkoper de verkochte zaak zou terugnemen, zonder over te gaan tot restitutie van het reeds aanbetaalde deel van de koopprijs. Indien de verkoper zou kunnen overgaan tot een geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, zou hij de koper tot betaling kunnen blijven aanspreken, terwijl de koper – als hij niet tot betaling in staat is – niet de mogelijkheid zou hebben om de koopovereenkomst te ontbinden, omdat de verkoper niet tekortschiet in de nakoming van de koopovereenkomst.¹⁹ Per saldo zou deze patstelling tot gevolg kunnen hebben dat de verkoper de zaak behoudt en de koper weliswaar formeel aanspraak zou kunnen maken op de eigendom zodra hij de koopprijs alsnog voldoet, maar feitelijk duidelijk is dat dit zich niet meer zal voordoen. Aldus zou de verkoper zijn restitutieverplichtingen uit artikel 6:271 BW kunnen omzeilen door de overeenkomst niet te ontbinden.²⁰

15 BGH 1 juli 1970, *NJW* 1970, 1733. Zie uit de literatuur Blomeyer 1968, p. 691-696, Blomeyer 1969, p. 2117-2121, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 60-62 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 30. Anders: Serick 1963, p. 136-140 (met verwijzingen naar de oudere literatuur waarin veelal anders werd geleerd) en Müller 1969, p. 1493-1499. Een uitzondering wordt mogelijk aangenomen voor het geval dat de verkoper voor vervangende schadevergoeding kiest. Zie daarover hiervoor in voetnoot 11.

16 *BT-Drucks.* 14/6040, p. 241. Zie ook BGH 19 december 2007, *NJW-RR* 2008, 818.

17 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 502-503, Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 83 en KBB/Apathy & Perner 2017, § 1063 ABGB, Rn. 12. Zie uit de rechtspraak bijv. OGH 10 maart 1994, zaaknr. 6Ob526/94.

18 Vgl. Lange 1971, p. 514, Schoordijk 1971, p. 460, voetnoot 18 en p. 461 en Vriesendorp 1985a, p. 65.

19 Vgl. Schoordijk 1986, p. 310.

20 Het feit dat dit probleem oplosbaar is – zie hierna in paragraaf 5.4 –, neemt niet weg dat het een ongewenste situatie oplevert, omdat het aanleiding geeft tot chicanes.

Men zou tegen het voorgaande kunnen inbrengen dat de verkoper een eigendomsvoorbehoud bij uitstek bedingt voor het geval dat de koper niet aan zijn betalingsverplichtingen voldoet.²¹ De omstandigheid dat de koper zijn betalingsverplichtingen niet voldoet, zou een indicatie kunnen zijn voor diens betalingsonmacht. Tegelijkertijd vormt de omstandigheid dat de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie niet zonder meer een gevaar voor het eigendomsrecht van de verkoper.²² Hoogstens denkbaar is dat de zaak door verder gebruik in waarde daalt of dat de koper de zaak vervreemdt aan een derde, terwijl door de betalingsonmacht van de verkoper niet is te verwachten dat de verkoper uit de opbrengst van de doorverkoop wordt voldaan. De verkoper kan er in een zodanig geval inderdaad belang bij hebben om de zaak snel van de koper op te vorderen. Daarbij geldt evenwel dat deze risico's grotendeels inherent zijn aan het feit dat de verkoper de verplichting op zich heeft genomen om de zaak terstond aan de koper te leveren.²³ De verkoper kan zich niet eenzijdig aan deze verplichting onttrekken door de zaak op te vorderen. Degene die niet geconfronteerd wil worden met de risico's die een *Vorleistungspflicht* met zich brengt, moet een dergelijk verplichting niet op zich nemen.

5.3 Geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud

De noodzaak van ontbinding van de koopovereenkomst voorafgaand of gelijktijdig met de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud is hiervoor afgeleid uit de wettelijke regels die de wederkerige overeenkomst in het algemeen en de koopovereenkomst in het bijzonder beheersen. Aangezien deze regels van regeland recht zijn en de omvang van het gebruiksrecht zodoende in afwijking van de wettelijke regels in de koopovereenkomst kan worden beperkt, kunnen partijen in afwijking van het voorgaande vanzelfsprekend overeenkomen dat de verkoper de zaak ook zonder gelijktijdige ontbinding kan opeisen.

Beide partijen kunnen belang hebben bij een zodanige geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. De verkoper kan er belang bij hebben de zaak tijdelijk terug te nemen om de koper onder druk te zetten, te voorkomen dat de zaak door verder gebruik in waarde daalt of om eigendomsverlies te voorkomen. Ook kan de verkoper belang hebben bij instandhouding van de koopovereenkomst, omdat hij daarmee derden de mogelijkheid laat om de verschuldigde tegenprestatie te voldoen, als gevolg waarvan hij alsnog wordt voldaan en – hetgeen voor de derde van belang kan zijn – het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper uitgroeit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht. Een terugnamebeding kan echter ook in het belang van de koper zijn. Als de koopovereenkomst bij terugname van de zaak in stand blijft, heeft de koper de mogelijkheid om zijn verzuim te zuiveren, waardoor hij alsnog de eigendom van de zaak kan verwerven.²⁴ Door het overeenkomen van een dergelijk opeisingbeding is het dus mogelijk het eigendomsvoorbehoud uit te oefenen

21 Zie bijv. Vriesendorp 1985a, p. 65.

22 Lange 1971, p. 515 en Derleder 1975, p. 32.

23 Vgl. Schürmann 1932, p. 43 en P. Bydlinski, 'Nochmals: Zum Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers', *JBl.* 1985, p. 17-18.

24 Vgl. Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 39.1.

zonder dat daarvoor ontbinding van de koopovereenkomst is vereist. Zoals hiervoor is betoogd, heeft de verkoper een zodanige bevoegdheid bij gebreke van een dergelijk opeisingsbeding echter niet.²⁵

Het belang van de mogelijkheid om de verkochte zaak op te vorderen bij instandhouding van de koopovereenkomst moet echter niet worden overschat.²⁶ Zij vervult slechts een functie in het geval dat de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie, maar wel te verwachten is dat hij in de toekomst in staat is om de verschuldigde prestatie alsnog te voldoen. Indien de koper dan alsnog niet in staat blijkt om zijn betalingsverplichtingen na te komen, heeft de eerdere terugneming de verkoper kunnen behoeden voor een verdere waardedaling of eigendomsverlies.

Het verdient opmerking dat de geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud niet leidt tot het tenietgaan van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper. De terugname van de verkochte zaak maakt namelijk niet de levering van artikel 3:91 BW ongedaan,²⁷ die heeft geleid tot de verkrijging van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde door de koper. Zoals in hoofdstuk 8 nader aan de orde komt, gaat dit voorwaardelijk eigendomsrecht pas teniet als de vervulling van de voorwaarde onmogelijk wordt.²⁸ Daarvan is pas sprake indien het niet meer mogelijk is om de verschuldigde tegenprestatie te voldoen, hetgeen pas aan de orde is indien de koopovereenkomst wordt ontbonden.²⁹ Aangezien dit eigendomsrecht nog altijd door voldoening van de verschuldigde tegenprestatie kan uitgroeien tot de onvoorwaardelijke eigendom, dient de verkoper ervoor zorg te dragen dat de verkochte zaak ook als zodanig identificeerbaar aanwezig is bij de verkoper. Anders dan Reehuis

25 Zo ook Van Lier 1892, p. 38, G. de Grooth, *Koop en verkoop op afbetaling en huurkoop*, 's-Gravenhage: Jongbloed 1936, p. 101 en Mezas 1985, p. 13. Anders: Hemsing 1892, p. 76-77, Scholten 1906, p. 93, Schoordijk 1971, p. 460 (die evenwel *de lege ferenda* samenloop tussen ontbinding en uitoefening bepleit), Vriesendorp 1985a, p. 65 en p. 69, Brahn 1991, p. 134-136, Reehuis 2013, nr. 87 en Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 38.3, die allen aannemen dat een dergelijke opeisingsbevoegdheid, ook zonder ontbinding, immanent is aan het eigendomsvoorbehoud.

26 Vgl. Blomeyer 1968, p. 2120-2121.

27 Zie ook hiervoor in hoofdstuk 4, paragraaf 4.8.4.

28 Zie hoofdstuk 8, paragraaf 8.4.5.

29 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 515, Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 9, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 56 en Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB, Rn. 58. Zie voor het Duitse recht Raiser 1961, p. 31, Serick 1963, p. 415-416, Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 93 en 95, Baur/Baur & Stürner 2009, p. 837 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 85. Een nieuwere stroming in de Duitse literatuur neemt daarentegen aan dat het *Anwartschaftsrecht* van de koper *kausalunabhängig* is, zodat ontbinding niet tot gevolg heeft dat het *Anwartschaftsrecht* tenietgaat, aangezien deze verbintenissenrechtelijke inslag zich niet zou verdragen met het *Abstraktionsprinzip*. Deze gedachte is ook voor het Duitse recht onjuist, omdat zij te veel gewicht toekent aan het *Abstraktionsprinzip* en miskent dat de verbintenissenrechtelijke inslag een noodzakelijk gevolg is van de verstrengeling van de prestaties via de voorwaarde (zie nader hoofdstuk 8, paragraaf 8.4.5). Onduidelijk blijft in deze benadering bovendien op welke wijze het *Anwartschaftsrecht* wel kan worden beëindigd. Soms wordt aangenomen dat het tekortschieten van de koper aan de verkoper de bevoegdheid geeft om de *dingliche Einigung* te herroepen, waardoor het *Anwartschaftsrecht* alsnog ten val zou worden gebracht. Zo bijv. Marotzke 1986, p. 512 en Rinke 1998, p. 170. Per saldo lopen einde van het *Anwartschaftsrecht* en beëindiging van de koopovereenkomst daarmee alsnog parallel, terwijl bovendien het door de auteurs nagestreefde doel niet wordt bereikt, omdat het tekortschieten van de koper nog altijd gevolgen kan hebben voor het voortbestaan van het *Anwartschaftsrecht*. Met deze alternatieve benadering is dan ook niet veel gewonnen. Zij komt bovendien in strijd met onherroepelijkheid van de *Einigung* na de levering (zie daarover bijv. BGB-RGRK/Pikart 1979, § 929 BGB, Rn. 53 en 64, Erman/Michalski 2011, § 929-931 BGB, Rn. 5 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 42). Soms wordt aangenomen dat de verkoper het *Anwartschaftsrecht* helemaal niet meer ten val kan brengen nadat derden aanspraken ten aanzien van dat recht hebben verworven, zodat de verkoper per saldo zijn voorbehouden eigendomsrecht verliest. Zo bijv. Wieling 2006, p. 813-815. Dat komt regelrecht in strijd met de strekking van het eigendomsvoorbehoud, dat de verkoper nu juist een goederenrechtelijke aanspraak bij ontbinding verleent.

betoogt,³⁰ kan de verkoper er bij soortzaken dan ook niet mee volstaan een zaak van dezelfde soort ter beschikking te houden voor de koper, omdat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde slechts betrekking heeft op de daadwerkelijk aan hem verkochte en geleverde zaak. Slechts ten aanzien van die specifieke zaak bewerkstelligt de vervulling van de voorwaarde dat de koper onvoorwaardelijk eigenaar wordt.

5.4 Wanneer leidt uitoefening van het eigendomsvoorbehoud tot ontbinding?

Hoewel de verkoper in beginsel slechts kan overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud indien hij de koopovereenkomst voorafgaand aan of gelijktijdig met de opvordering van de zaak ontbindt, is het dus mogelijk dat partijen daarvan afwijken. Aldus behoeft de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud niet zonder meer samen te vallen met ontbinding van de koopovereenkomst. Dat is niet alleen het geval indien partijen uitdrukkelijk een opeisingsbeding zijn overeengekomen. Ook denkbaar is dat partijen op het moment dat de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud geldend maakt alsnog (stilzwijgend) overeenkomen dat de verkoper het eigendomsvoorbehoud geïsoleerd uitoefent, bijvoorbeeld doordat de koper instemt met terugname van de verkochte zaak, maar partijen het erover eens zijn dat de koopovereenkomst in stand blijft.³¹

Geenszins ondenkbaar is dat de verkoper simpelweg overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, zonder dat daarbij uitdrukkelijk het lot van de koopovereenkomst ter sprake komt. De vraag is dan of de opvordering moet worden begrepen als een geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud of (tevens) als ontbinding van de koopovereenkomst.³² Het antwoord op die vraag is niet in algemene zin te formuleren, omdat de gevolgen van de terugneming moeten worden bepaald aan de hand van de interpretatie van de uitoefeningshandeling, waarbij de omstandigheden van het geval beslissend zijn.³³ Als de verkoper de eigendom opeist, maar tegelijkertijd duidelijk maakt dat hij nog steeds betaling verlangt, zal sprake zijn van een geïsoleerde uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, waarmee de koper – bij gebreke van een contractueel opeisingsbeding – kan instemmen door de zaak af te geven. Verklaart de verkoper daarentegen bij de

30 Reehuis 2013, nr. 85.

31 Blomeyer 1968, p. 696, Klang/Bydlinksi 1978, § 1063 ABGB, p. 505 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 68.

32 Volgens Reehuis 2013, nr. 85 dient de ontbinding niet te worden betrokken op de opvordering door de verkoper, maar op de afgifte door de koper (zo ook art. 7:90 lid 1 BW). Het voordeel daarvan is volgens Reehuis dat wordt voorkomen dat de verkoper zich op eigen gezag de macht over de zaak verschaft en dat de koper de mogelijkheid heeft om het verzuim te zuiveren. Er bestaan echter voldoende mogelijkheden om te voorkomen dat de verkoper door middel van eigenrichting de macht over de zaak verschaft, terwijl evenmin valt in te zien waarom de koper de mogelijkheid zou moeten hebben om diens verzuim te zuiveren, als de verkoper reeds heeft aangegeven de koopovereenkomst te willen ontbinden. Bezwaarlijk aan deze opvatting is dat de koper niet de mogelijkheid heeft de afgifte van de zaak op te schorten totdat de verkoper het reeds aanbetaalde heeft gerestitueerd, omdat in deze visie de ongedaanmakingsverbintenis pas na, althans gelijktijdig met de afgifte ontstaat. Het verdient derhalve de voorkeur voor het moment van ontbinding aan te knopen bij het moment dat de verkoper de zaak opvoert. Vgl. Derleder 1975, p. 28 met verdere verwijzingen.

33 Vriesendorp 1985a, p. 70 (die als uitgangspunt echter aanneemt dat terugname leidt tot ontbinding) en Reehuis 2013, nr. 85. Zie ook Schoordijk 1959, p. 25 die als vermoeden zou willen aannemen dat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud met ontbinding gepaard gaat.

uitoefening bijvoorbeeld dat hij het reeds aanbetaalde gedeelte van de koopprijs (gedeeltelijk) verrekent met een schadevergoedingsvordering, dan zal duidelijk zijn dat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud ook beoogd is als ontbinding van de koopovereenkomst.³⁴

Weliswaar bepaalt artikel 6:267 BW dat de ontbinding van de koopovereenkomst enkel schriftelijk of, indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand is gekomen, langs de elektronische weg kan geschieden, maar dat neemt niet weg dat in de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud besloten kan liggen dat de koopovereenkomst wordt ontbonden.³⁵ Ook het volledig ontbreken van een ontbindingsverklaring behoeft er niet aan in de weg te staan dat de koopovereenkomst toch als ontbonden wordt beschouwd, bijvoorbeeld als de terugname geschiedt met instemming van de koper en partijen zich na de terugname zodanig gedragen dat daaruit kan worden afgeleid dat partijen de overeenkomst stilzwijgend als ontbonden hebben beschouwd.³⁶

Om een aantal redenen zal in ieder geval een definitieve terugname van de zaak gepaard dienen te gaan met ontbinding van de koopovereenkomst en ongedaanmaking.³⁷ In de eerste plaats kan de verkoper niet tegelijkertijd definitief aanspraak willen maken op de zaak alsook op betaling van de verschuldigde tegenprestatie. Zoals in de Oostenrijkse rechtspraak terecht wordt benadrukt, sluiten deze beide houdingen elkaar uit.³⁸ De ene houding is gericht op het vasthouden aan het voortbestaan de koopovereenkomst, terwijl de andere houding gericht is op het annuleren van de koopovereenkomst. Ten tweede blijft de verkoper zolang de koopovereenkomst nog bestaat, verplicht tot eigendomsoverdracht. Hij dient de zaak derhalve ter beschikking te houden voor de koper.³⁹ Als de verkoper zou overgaan tot hernieuwde vervreemding van de zaak, terwijl de

³⁴ Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 39.1.

³⁵ Vgl. Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 39.1. Anders: Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 540 alwaar wordt vastgehouden aan het schriftelijkheidsvereiste (in Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 540 lijkt deze opvatting stilzwijgend te worden verlaten). Hierbij moet bedacht worden dat het schriftelijkheidsvereiste slechts tot doel heeft de wederpartij duidelijkheid te geven en haar bewijspositie te waarborgen. Zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1005-1006. Voor zover aan die ratio voldaan is, behoeft niet star te worden vastgehouden aan het schriftelijkheidsvereiste, vooral niet wanneer men bedenkt dat de eis van schriftelijkheid tamelijk exotisch is in het Nederlandse privaatrecht en reeds uit gewoonte en gebruiken in een bepaalde bedrijfstak, mede in het licht van de eisen van redelijkheid en billijkheid, iets anders kan voortvloeien. Zie voor dit alles Bakels 2011, nr. 9.

³⁶ Zie hierover HR 8 juli 2011, *NJ* 2012, 684 m.nt.T.F.E. Tjong Tjin Tai (*G4/Hanzevast*) met een instructieve conclusie van A-G Wissink waarin verschillende mogelijkheden de revue passeren, waardoor een overeenkomst zonder ontbindingsverklaring toch tot een eind kan komen.

³⁷ Vriesendorp 1985a, p. 65-66.

³⁸ OGH 28 januari 1987, zaaknr. 1Ob713/86 en OGH 18 mei 1988, zaaknr. 1Ob535/88, waarover Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 54.

³⁹ Hemsing 1892, p. 51 en p. 76, Scholten 1906, p. 93, Fesevur 1979, p. 133, voetnoot 29, Vriesendorp 1985a, p. 65-66, Mincke 1995, p. 176, Reehuis 2013, nr. 82 en nr. 84, Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 39.2 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 540. Vgl. ook H. Rühl, 'Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt', *ZZP* 1931, p. 181, Müller 1970, p. 1211 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 67. Zie voor hetzelfde argument m.b.t. samenloop tussen uitoefening van het recht van reclame en de ontbinding Asser/Scholten 1945, p. 398, Asser/Van Oven 3-III 1978, p. 41-42, Dorhout Mees 1979, p. 2, Fikkers 1992, p. 29-35 en p. 91 en T.M. *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 279.

koopovereenkomst nog bestaat, schiet hij tekort in de nakoming van de verplichtingen, omdat hij aldus frustreert dat koper eigenaar wordt, indien deze de koopprijs (alsnog) voldoet.⁴⁰ In de derde plaats zou de verkoper aldus een inbreuk maken op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.⁴¹ Zolang de koopovereenkomst nog bestaat, is immers denkbaar dat de voorwaarde nog in vervulling gaat, zodat dit voorwaardelijk eigendomsrecht nog altijd bestaat. Dienovereenkomstig is de verkoper slechts bevoegd te beschikken over een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Pas door de ontbinding van de koopovereenkomst vervalt het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde en groeit het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde weer uit tot de onvoorwaardelijke eigendom.⁴² Vervolgens kan de verkoper weer vrijelijk beschikken over de zaak zelf.

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat een patstelling kan ontstaan, indien de verkoper de zaak terugneemt, maar de koopovereenkomst (bewust) niet wordt ontbonden. Indien de koper reeds een gedeelte van de verschuldigde tegenprestatie heeft voldaan maar duidelijk is dat hij het restant niet meer kan c.q. zal voldoen, zou de verkoper door niet te ontbinden ogenschijnlijk kunnen bewerkstelligen dat hij zowel de verkochte zaak alsook het aanbetaalde bedrag zou behouden. Weliswaar blijft hij gehouden tot eigendomsoverdracht en is hij niet bevoegd de zaak te vervreemden aan derden, maar dat behoeft de verkoper niet te weerhouden van een dergelijke handelwijze. De koper heeft in een dergelijk geval geen ontbindingsbevoegdheid, omdat niet de verkoper, maar juist hijzelf tekortschiet in de nakoming van de koopovereenkomst. In de Duitse literatuur wordt door sommigen wel verdedigd dat de koper in een dergelijk geval een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking heeft, indien de waarde van de teruggenomen zaak de hoogte van het nog openstaande deel van de koopprijs overstijgt.⁴³ Inelegant aan deze oplossing is evenwel dat de koopovereenkomst een sluimerend bestaan blijft houden en partijen formeel nog verplicht zijn tot nakoming. Overtuigender is dan ook de oplossing van het Oostenrijkse recht, dat in dergelijke gevallen ook aan degene die als eerste moet presteren maar zelf niet nakomt – welke situatie aan de orde is als de koper eerst moet betalen alvorens de verkoper de zaak weer moet afgeven – de bevoegdheid verleent om de overeenkomst te ontbinden.⁴⁴ Een dergelijke oplossing heeft de voorkeur, omdat zij beide partijen definitief bevrijdt van de verplichtingen uit de koopovereenkomst. Een dergelijk resultaat laat zich ook naar Nederlands recht bereiken, door in een zodanig geval – waarin voor beide partijen duidelijk is

40 Blomeyer 1968, p. 2121, voetnoot 40. Vgl. ook Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 39.2 die aanneemt dat de koopovereenkomst alsnog voor ontbonden kan worden beschouwd als 'de verkoper over de betreffende zaak beschikt op een wijze die niet strookt met zijn verplichting tot levering, bijvoorbeeld doordat hij de zaak aan een derde overdraagt of levert.'

41 Mezas 1985, p. 14.

42 Zie over deze rechtsgevolgen hierna in hoofdstuk 8, paragraaf 8.4.5.

43 Zie bijv. Serick 1963, p. 441, Dilcher 1979, p. 335 en Schwab 2000, p. 611.

44 OGH 28 oktober 1971, zaaknr. 1Ob284/71 en KBB/Apathy & Perner 2017, § 1052 ABGB, Rn. 5. Die mogelijkheid verleent het Duitse recht ook in het algemeen aan de *Vorleistungspflichtige*, maar ben ik in verband met het eigendomsvoorbehoud niet tegengekomen. Zie MünchKomm-BGB/Emmerich 2016, § 321 BGB, Rn. 23.

dat nakoming niet meer zal plaatsvinden – aan te nemen dat, indien de koper verlangt dat het aanbetaalde bedrag wordt gerestitueerd, een beroep van de verkoper op het voortbestaan van de overeenkomst afstuit op artikel 6:248 lid 2 BW.⁴⁵ Per saldo wordt daarmee een vergelijkbaar resultaat bereikt als met het toekennen van een ontbindingsbevoegdheid aan de koper.

5.5 Intermezzo: de verplichting tot eigendomsverschaffing

De noodzaak van ontbinding van de koopovereenkomst bij een definitieve uitoefening van het eigendomsvoorbehoud is hiervoor onder meer afgeleid uit de omstandigheid dat de verkoper zich aldus bevrijdt van zijn verplichting tot eigendomsverschaffing. Stilzwijgend is daarbij tot uitgangspunt genomen dat de verkoper zijn verplichtingen nog niet volledig is nagekomen op het moment dat partijen een overdracht onder opschortende voorwaarde realiseren. Dit uitgangspunt verdient echter nadere aandacht en onderbouwing.

In de Duitse en Oostenrijkse literatuur wordt door een aantal auteurs namelijk verdedigd dat de verkoper die een eigendomsvoorbehoud bedingt slechts verplicht is tot voorwaardelijke overdracht of tot overdracht van voorwaardelijke eigendom.⁴⁶ In de Nederlandse literatuur lijkt een vergelijkbaar standpunt te worden verdedigd door de auteurs die het eigendomsvoorbehoud construeren als een verplichting tot voorwaardelijke overdracht.⁴⁷ De gedachte is daarbij dat de verkoper met de nakoming van de verplichting tot (af)levering al datgene heeft gedaan wat zijnerzijds nodig is om de eigendomsovergang op een later moment te bewerkstelligen, zodat nadien op hem geen verplichtingen meer rusten. Of de koper ook eigenaar wordt, is uitsluitend nog afhankelijk van de vervulling van de voorwaarde, hetgeen de koper zelf in de hand heeft. Ook de wetgever lijkt in 1936 bij de totstandkoming van de huurkoopregeling in die richting te hebben gedacht. Met de invoering van de huurkoopregeling introduceerde hij namelijk een afzonderlijke bepaling voor de afwikkeling van huurkoopovereenkomsten in faillissement (art. 38a Fw), omdat de gewone regeling van artikel 37 Fw volgens hem geen bruikbare oplossing zou geven, omdat de verkoper de overeenkomst ‘meestal’ reeds geheel zou zijn nagekomen en de koper de eigendom van rechtswege verkrijgt.⁴⁸ Aldus zou niet zijn voldaan aan de toepassingsvereisten van artikel 37 Fw, welke bepaling slechts van toepassing is indien sprake is van een wederkerige overeenkomst die door zowel de failliete schuldenaar als de wederpartij nog niet geheel is nagekomen.

Deze benadering is echter niet in overeenstemming met de functie van het eigendomsvoorbehoud en komt bovendien in strijd met het wezen van de koopovereenkomst. De centrale verplichting van de verkoper is bij een zodanige overeenkomst namelijk dat hij de koper de eigendom van de zaak overdraagt

⁴⁵ HR 15 januari 1993, *NJ* 1993, 193 (*Oosterhuis/Buitenhuis*), rov. 3.3. Vgl. ook Heyning-Plate 1969, p. 112, Mezas 1985, p. 14, Streefkerk 2013, nr. 26.4 en Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 39.2.

⁴⁶ Zo bijv. Blomeyer 1939, p. 229, W. Flume, ‘Kaufvertrag und Werkvertrag in der Umstellung (§ 18 Abs. 1 Ziff. 2 UG)’, *SJZ* 1949, Sp. 90-92, Georgiades 1963, p. 122-123, Frotz 1970, p. 130-131 (nuancerend op p. 162), Soergel/Henssler 2002, § 929 BGB Anh., Rn. 60 en 65 en Bülow 2012, p. 233-234.

⁴⁷ Zie over die constructie hiervoor in hoofdstuk 4, paragraaf 4.5. Zo uitdrukkelijk Mezas 1985, p. 3, voetnoot 10, Faber 1997, p. 218, Faber 2007, p. 57 en Rongen 2014, p. 304-305.

⁴⁸ M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 15. Zo ook Schürmann 1936, p. 107.

(art. 7:9 lid 1 BW). In geval van een consumentenkoop kunnen partijen bovendien niet van die regeling afwijken (art. 7:6 lid 1 BW). Maar ook buiten het geval van een consumentenkoop, houdt het bedingen van een eigendomsvoorbehoud geenszins in dat partijen afwijken van deze verplichting. Het bedingen van een eigendomsvoorbehoud brengt geen verandering in het doel van de koopovereenkomst, maar slechts in de wijze waarop dit resultaat wordt bereikt.⁴⁹ Nog altijd strekt de koopovereenkomst tot eigendomsovergang, zij het dat dit resultaat via de voorwaarde afhankelijk wordt gesteld van de vervulling van de voorwaarde.⁵⁰ Daarmee wordt de (volledige) nakoming van de verplichting tot eigendomsverschaffing opgeschort, teneinde de wederkerigheid van de prestaties te handhaven. Uit het karakter van het eigendomsvoorbehoud als opschortingsrecht blijkt daarmee duidelijk dat de verkoper niet reeds volledig presteert, maar de nakoming van (een deel van) zijn verplichtingen juist opschort totdat de koper de verschuldigde tegenprestatie voldoet:

‘Wer als Verkäufer ein Eigentumsvorbehalt vereinbart, gibt damit zu erkennen, daß er im Hinblick auf einen möglichen Schuldnerverzug des Käufers nicht vorzeitig den Zusammenhang zwischen Leistung (Übertragung des Eigentums) und Gegenleistung (Bezahlung des Kaufpreises) – die synallagmatische Verknüpfung – vollständig lösen will. Das Eigentum soll vor der Zahlung des Kaufpreises nicht übergehen. Der Verkäufer will sich lediglich inhaltlich beschränkt [nl. enkel wat betreft de levering; toevoeging EFV] zur Vorleistung verpflichten. Dieser synallagmatische Zusammenhang wäre aber zerschnitten, wenn der Verkäufer mit der Übertragung des Anwartschaftsrechtes vollständig erfüllt hätte.’⁵¹

Het handhaven van het uitgangspunt ‘gelijk oversteken’ impliceert zodoende dat op beide partijen nog verplichtingen rusten. Dat de eigendomsverkrijging van de koper zich bij de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie automatisch voltrekt, neemt niet weg dat op de verkoper een verplichting tot eigendomsverschaffing rust, die een resultaatsverbintenis is, die pas is nagekomen zodat het resultaat zich heeft verwezenlijkt.⁵²

Uit het voorgaande moet niet worden afgeleid dat de verkoper tekortschiet in de nakoming van de verplichting tot eigendomsoverdracht, omdat hij ter uitvoering van die verplichting vooralsnog slechts een voorwaardelijke overdracht tot stand brengt, hetgeen veelal als bezwaar tegen de hier verdedigde opvatting wordt aangevoerd. De verkoper is namelijk slechts gehouden zijn verplichting tot eigendomsoverdracht na te komen, indien de koper ten tijde van de aflevering de verschuldigde tegenprestatie voldoet (art. 7:26 lid 2 BW). Tot die tijd kan de verkoper de nakoming van zijn verplichtingen opschorten. Zoals in hoofdstuk 2 is betoogd, leidt het bedingen van een eigendomsvoorbehoud niet tot een

49 Raiser 1961, p. 28: ‘Es handelt sich um Modalitäten der Leistungshandlung, aber sie ändern nichts daran, daß der Verkäufer die Verschaffung vollen Eigentums, nicht bloß einer Anwartschaft darauf schuldet.’ Vgl. ook Rühl 1930, p. 193 en Vriesendorp 1985a, p. 13.

50 Mayrhofer 1966, p. 121, Koziol 1968, p. 503, voetnoot 56, BGB-RGRK/Mezger 1978, § 455 BGB, Rn. 19 en 22, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 493, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 44, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 57 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 25. Zie ook BGH 24 mei 1954, *NJW* 1954, 1325.

51 Serick 1963, p. 121. Vgl. ook Larenz 1986, p. 107-108 en Huber 1987, p. 756.

52 Vriesendorp 1985a, p. 74, Wessels 1988, p. 166, (impliciet) Verstijlen 2007, p. 828-829 en Van Zanten 2012, p. 94-95. Vgl. Meijers 1948, p. 66. Zie ook HR 15 december 1989, *NJ* 1990, 310, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 192 en Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 270.

afwijking van dit uitgangspunt, maar vormt dit juist een bevestiging van deze regel van ‘gelijk oversteken’. Slechts met betrekking tot de verplichting tot (af-) levering heeft hij de verplichting op zich genomen om als eerste te presteren. De verkoper schiet daarmee slechts tekort in de nakoming van zijn verplichting tot eigendomsoverdracht, indien partijen zijn overeengekomen dat de verkoper verplicht is reeds voor de betaling van de koopprijs de onvoorwaardelijke eigendom over te dragen en de verkoper desalniettemin slechts een overdracht onder voorwaarde tot stand brengt.⁵³

Voorts is van belang dat het risico van de zaak vanaf het moment van de aflevering overgaat op de koper (art. 7:10 lid 1 BW). De koper blijft aldus verplicht de koopprijs te voldoen ondanks tenietgaan of achteruitgang van de zaak door een oorzaak die niet aan de verkoper kan worden toegerekend. Deze risicoverdeling heeft niet slechts betrekking op fysieke aantasting van de verkochte zaak, maar ook op het geval dat de koper de zaak verliest door bijvoorbeeld diefstal.⁵⁴ Omstandigheden na de aflevering die tot gevolg hebben dat de koper ook door betaling geen eigenaar wordt, komen in die zin voor risico van de koper dat zij, voor zover zij berusten op een oorzaak die niet aan de verkoper kan worden toegerekend, na aflevering geen tekortkoming van de verkoper in de nakoming van zijn verplichting tot eigendomsoverdracht opleveren en zodoende geen bevoegdheid tot ontbinding van de koopovereenkomst scheppen.⁵⁵ Hoewel op de verkoper dus ook in geval van een eigendomsvoorbehoud een verplichting tot (onvoorwaardelijke) eigendomsoverdracht rust, wordt het peilmoment voor de vraag of de verkoper is tekortgeschoten in de nakoming aldus gefixeerd op het moment van aflevering. Indien na dat moment feiten plaatsvinden die beletten dat de koper door voldoening van de verschuldigde tegenprestatie eigenaar wordt, is geen sprake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichting tot eigendomsverschaffing, althans voor zover deze feiten niet aan de verkoper kunnen worden toegerekend.⁵⁶ Deze risicoverdeling is gegrond op de gedachte dat het risico van verlies of tenietgaan van de zaak dient te liggen bij degene die het best in staat is om zorg te dragen voor het behoud van de zaak.⁵⁷ Een consequente doorvoering van deze gedachte houdt

53 Bamberger & Roth/Kindl 2015, § 449 BGB, Rn. 14 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 17. Vgl. ook Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 31. Zie over een eenzijdig bij de levering afgedwongen eigendomsvoorbehoud ook hiervoor in hoofdstuk 4, paragraaf 4.4.2.

54 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 103.

55 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 502. Vgl. ook Heyman & Bartels 2012, nr. 520.

56 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 505. Hierbij dient bedacht te worden dat de risico-overgang, anders dan het woord suggereert, niet tot gevolg heeft dat de verkoper geen enkel risico meer loopt. Wanneer de koper namelijk niet in staat blijkt om de verschuldigde tegenprestatie te voldoen, draagt de verkoper namelijk ook het risico van achteruitgaan of tenietgaan van de verkochte zaak, omdat hij daardoor zijn voorbehouden eigendomsrecht verliest. Zie Serick 1963, p. 141 en p. 165. Dat kan met name van belang zijn indien de verkochte zaak is verzekerd (zie daarover hierna in hoofdstuk 7, paragraaf 7.3.3) of een derde schade toebrengt aan de verkochte zaak (zie daarover hierna in hoofdstuk 8, paragraaf 8.5.4).

57 Zie o.m. W. Snijders, ‘Risico-overgang bij koop’, in: J.G. Sauveplanne (red.), *Verzekeringen van vriendschap*, Deventer: Kluwer 1974, p. 315, voetnoot 3, Heyman & Bartels 2012, nr. 521 en Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 509.

bovendien in dat het risico weer bij de verkoper komt te rusten indien hij overgaat tot een uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, waarbij de koopovereenkomst vooralsnog in stand blijft.⁵⁸ Daarmee wordt de aflevering, bij welk moment artikel 7:10 lid 1 BW aanknoopt, als het ware ongedaan gemaakt, zodat ook het risico terugkeert naar de verkoper.

Uit het voorgaande volgt derhalve ook dat artikel 37 Fw in geval van een koop met eigendomsvoorbehoud, anders dan de wetgever ten aanzien van huurkoop lijkt te suggereren, gewoon van toepassing is.⁵⁹ De verkoper kan de curator derhalve een redelijke termijn stellen waarbinnen de curator moet verklaren of hij de koopovereenkomst gestand doet. De toepasselijkheid van artikel 37 Fw op een koopovereenkomst met eigendomsvoorbehoud strookt ook met de ratio van de bepaling, die inhoudt dat de wederpartij van de failliete schuldenaar duidelijkheid moet kunnen krijgen over de vraag of de curator de overeenkomst zal nakomen, omdat de wederpartij zich in een zodanig geval voor nakoming gereed dient te houden.⁶⁰ Voor de verkoper met een eigendomsvoorbehoud geldt dat evenzeer. Hij zal duidelijkheid willen verkrijgen over de noodzaak om tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud over te gaan.

5.6 Executie als wijze van uitoefening?

In het voorgaande is er steeds van uitgegaan dat de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud geldend maakt door de koopovereenkomst te ontbinden en de verkochte zaak op te vorderen als eigenaar. Uit de noodzaak van ontbinding bij een definitieve uitoefening van het eigendomsvoorbehoud is in hoofdstuk 2 afgeleid dat het eigendomsvoorbehoud geen met een pandrecht vergelijkbare zekerheidsfiguur is, maar slechts de rechten van de verkoper bij ontbinding waarborgt.⁶¹ Aangezien de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud leidt tot ontbinding biedt het eigendomsvoorbehoud geen zekerheid voor de koopprijsvordering, omdat het geldend maken van het eigendomsvoorbehoud nu juist impliceert dat deze koopprijsvordering tenietgaat. Aldus leidt uitoefening van het eigendomsvoorbehoud er nooit toe dat de verkoper de verschuldigde tegenprestatie ontvangt. De verkoper verhaalt zich door middel van uitoefening van het eigendomsvoorbehoud niet voor de koopprijsvordering,⁶² maar bewerkstelligt slechts dat hij het voorwerp van zijn eigen prestatie behoudt en feitelijk terugontvangt, zodat hij de zaak vervolgens aan een ander kan vervreemden, zonder nog gebonden te zijn aan de initiële overeenkomst met de koper.

⁵⁸ Serick 1963, p. 141. Vgl. ook Blomeyer 1969, p. 2121.

⁵⁹ Vriesendorp 1985a, p. 74, Wessels 1988, p. 166 en Van Zanten 2012, p. 94-95. Zie ook impliciet Verstijlen 2007, p. 828-829.

⁶⁰ *Van der Feltz I*, p. 409.

⁶¹ Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.7.

⁶² Mezas 1985, p. 8-9, Reehuis 2013, nr. 83 en Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 41. Vgl. ook Wilhelm 2010, p. 952: 'Der Verkäufer "verwertet" beim Eigentumsvorbehalt keine Sicherheit, sondern er nimmt seine Sache zurück, grundsätzlich nur aufgrund der Ausübung des Rücktrittsrechts.'

Daarentegen wordt het naar Duits en Oostenrijks recht ook voor mogelijk gehouden dat de verkoper door middel van het eigendomsvoorbehoud verhaal neemt voor de koopprijsvordering door de zaak (al dan niet onderhands) te executeren en de opbrengst in mindering te brengen op de koopprijsvordering.⁶³ Om deze reden wordt in Duitsland en Oostenrijk dikwijls geconcludeerd dat het eigendomsvoorbehoud een tweeledige doelstelling heeft, omdat het enerzijds de rechten van de verkoper bij ontbinding kan waarborgen, maar anderzijds ook zekerheid biedt voor de voldoening van de koopprijs doordat het de mogelijkheid biedt de verkochte zaak te executeren.⁶⁴ In de Nederlandse literatuur is de mogelijkheid van uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door executie door een enkeling verdedigd, terwijl ook de wetgever dit niet geheel lijkt uit te sluiten.⁶⁵

Van belang is te constateren dat deze constructie zich in ieder geval in Duitsland vooral lijkt te hebben ontwikkeld omdat het naar Duits recht voorheen niet mogelijk was om zowel aanspraak te maken op schadevergoeding wegens niet-nakoming alsook de overeenkomst te ontbinden.⁶⁶ De executie van de verkochte zaak biedt de verkoper ten opzichte van de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door middel van ontbinding dan het voordeel dat hij ook een vergoeding kan krijgen voor de schade die het gevolg is van het feit dat de koper de overeenkomst niet is nagekomen.⁶⁷

De mogelijkheid van uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door middel van executie van de zaak verdient bestrijding, omdat zij zich niet verdraagt met de inbedding van het eigendomsvoorbehoud in de koopovereenkomst. Zoals hiervoor is betoogd, dient een definitieve terugname van de zaak te leiden tot ontbinding van de overeenkomst, omdat de verkoper zich slechts op die wijze bevrijdt van zijn eigen verplichting tot eigendomsoverdracht en ervoor zorgt dat zijn eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde weer uitgroeit tot de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak. Pas daarna kan hij weer vrijelijk beschikken over de zaak.

63 Zie naast de in de navolgende voetnoten aan te halen literatuur bijv. Frotz 1970, p. 133, Lambsdorff 1974, p. 214-216, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 638 e.v. en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 76 met verdere verwijzingen. Vgl. ook Serick 1982, p. 72: 'Der Lieferant kann im Verzugsfalle vom Vertrag zurücktreten und die schon verkaufte Sache dann zurücknehmen, ist aber nicht gezwungen, nur diesen Weg – Auflösung des Kaufvertrages – einzuschlagen, um sein Rücknahmerecht durchsetzen zu können', omdat hij ook 'die Möglichkeit hat, sich wegen der noch offenen, notleidend gewordenen Forderung ebenso wie ein Pfandgläubiger oder ein Sicherungsnehmer aus der Vorbehaltssache selbst zu befriedigen.'

64 Serick 1963, p. 77 en p. 211, Frotz 1970, p. 133, Bodenburger 1979, p. 1205, Honsell 1981, p. 709-710, voetnoot 38, Soergel/Mühl 1991, § 455 BGB, Rn. 2, Schwab 2000, p. 610-611, Brinkmann 2011, p. 178-181, Riedler 2012, p. 245, Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 19, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 2 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 3.

65 Frank 1931, p. 329, Schoordijk 1959, p. 51-52 en M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1241, alwaar wordt opgemerkt dat het eigendomsvoorbehoud 'niet behoeft uit te monden in verhaal van de vordering op de zaak waarop het voorbehoud betrekking heeft, doch de vervreemder ook in belangen van andere aard kan beschermen, zoals zijn belang om in geval van ontbinding van de koopovereenkomst er zeker van te zijn weer de volledige beschikkingsmacht over de zaak te krijgen.' Zie hierover reeds in hoofdstuk 2, paragraaf 2.7.

66 Zie hierover uitgebreid in verband met het eigendomsvoorbehoud H. Niederländer, 'Rückforderung der Kaufsache und Schadenersatz', in: K. Müller & H. Soell, *Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, Heidelberg: Winter 1973, p. 243-260.

67 Wieacker 1938, p. 591, Müller 1969, p. 1493 en Hübner 1980, p. 734.

Veelal wordt aangenomen dat het voor een dergelijke executie noodzakelijk is dat de verkoper eerst afstand doet van het eigendomsvoorbehoud, omdat het onmogelijk zou zijn dat de verkoper een aan hem toebehorend vermogensbestanddeel beslaat en vervolgens executeert ten behoeve van een schuld van de koper.⁶⁸ In deze benadering bestaan de hier gesignaleerde bezwaren niet. De koopovereenkomst wordt door nakoming – althans wat betreft de verplichting van de verkoper – afgewikkeld, waardoor de koper eigenaar wordt van de verkochte zaak. De verkoper heeft aldus aan zijn verplichting tot overdracht voldaan.⁶⁹ Vervolgens kan hij zich – als iedere schuldeiser – verhalen op een aan de koper toebehorend vermogensbestanddeel, zonder dat daarbij een rol speelt dat de verkoper de desbetreffende zaak ook heeft verkocht.

Sommige auteurs houden het echter ook voor mogelijk dat de verkoper de zaak (onderhands) executeert zonder dat hij eerst afstand doet van het eigendomsvoorbehoud.⁷⁰ Deze constructie lijkt met name te zijn ingegeven door wenselijkheids-overwegingen: aldus wordt voorkomen dat de zaak het vermogen van de koper passeert, zodat de verkoper niet behoeft te concurreren met de overige schuldeisers van de koper, die zich eventueel zelfs met voorrang op de zaak zouden kunnen verhalen.⁷¹ Vaak blijft onbesproken wat het lot van de onderliggende koopovereenkomst na de executie is. Aangezien men ervan uitgaat dat de verkoper zich door middel van executie van de verkochte zaak kan verhalen voor de kooprijksvordering, lijkt te worden aangenomen dat de koopovereenkomst in stand blijft.

Problematisch daaraan is dat men tot de conclusie zou moeten komen dat de verkoper alsnog verplicht zou zijn de zaak over te dragen aan de koper, op het moment dat de opbrengst de hoogte van (het restant van) de kooprijksvordering overstijgt. Aldus zou de verkoper tekortschieten in de nakoming van zijn verplichting tot eigendomsverschaffing door de koper niet de eigendom over te dragen. Bovendien maakt de verkoper met de vervreemding een inbreuk op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper, dat nog altijd bestaat omdat de koopovereenkomst nog bestaat en de voorwaarde derhalve nog altijd in vervulling kan gaan.⁷² De verkoper beschikt derhalve ook als beschikkingsonbevoegde over (de onvoorwaardelijke eigendom van) de zaak.

Enkel in de wat oudere Duitse literatuur wordt nader bij dit probleem stilgestaan. Volgens Serick kan niet gezegd worden dat de verkoper tekortschiet in de nakoming en inbreuk maakt op de rechtspositie van de koper door de zaak te executeren.⁷³ Zijn redenering vermag echter niet te overtuigen. Als de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie kan de verkoper, zo argumenteert Serick, de koopovereenkomst ontbinden. Hij kan er

68 Zie voor een overzicht Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 103 en KBB/Apathy & Perner 2017, § 1063 ABGB, Rn. 15. Zie recent nog OGH 25 maart 2009, zaaknr. 3Ob232/08a. Zie voor het Duitse recht Rühl 1930, p. 178 e.v. en Serick 1963, p. 320-321.

69 Vgl. Serick 1963, p. 320-321 en Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 645. Zie ook RG 4 oktober 1907, RGZ 66, 344.

70 Soergel/Mühl 1991, § 455 BGB, Rn. 79, Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 166 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 108. Zie voor Oostenrijk met verdere verwijzingen Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 76 en KBB/Apathy & Perner 2017, § 1063 ABGB, Rn. 15.

71 Letzgus 1938, p. 61-62 en Serick 1963, p. 321.

72 Vgl. Blomeyer 1939, p. 208: 'Da der Vertrag bestehen bleiben soll, muß auch die dingliche Lage vorerst so bleiben, daß der Käufer mit Zahlung der Restsumme den Eigentumsübergang herbeiführt. Denn daß der Kaufpreisanspruch weiter geschuldet wird (...) zugleich aber der bedingte Eigentumsübergang dahinfällt (...), steht sicherlich außerhalb jedes Parteiwillens.'

73 Serick 1963, p. 322.

ook voor kiezen de koopovereenkomst in stand te laten en afstand te doen van het eigendomsvoorbehoud, als gevolg waarvan de koper eigenaar wordt. Deze beide ‘Grenzfällen’ illustreren volgens Serick de juistheid van de algemene stelling dat de verkoper bij verzuim van de koper geen rekening meer hoeft te houden met diens belangen.⁷⁴ Daaruit leidt hij af dat de verkoper ook de bevoegdheid heeft om de zaak te executeren, zonder dat gezegd kan worden dat hij daardoor tekortschiet in de nakoming van de koopovereenkomst of een inbreuk maakt op de positie van de koper. De twee specifieke situaties die Serick aanhaalt kunnen zijn meer algemenere stelling echter niet schragen. In het eerste geval, waarin de verkoper overgaat tot ontbinding, heeft de ontbinding tot gevolg dat de verkoper bevrijd wordt van zijn verplichtingen en de koper zijn beschermde rechtspositie verliest. Het is aldus niet zozeer de omstandigheid dat de koper is tekortgeschoten, maar de daarop gebaseerde ontbinding die bewerkstelligt dat de verkoper niet meer gebonden is aan de verplichtingen uit de koopovereenkomst en de beschermde rechtspositie van de koper. In het tweede geval, waarin de verkoper de voorwaarde laat varen, verkrijgt de koper de eigendom van de zaak en gaat de verplichting van de verkoper door nakoming teniet. Hij handelt vervolgens bij de executie niet in strijd met die verplichting, omdat hij reeds volledig is nagekomen. De zaak is daardoor tot het vermogen van de koper gaan behoren, zodat de verkoper dit vermogensbestanddeel vervolgens kan beslaan en executeren. In het hier aan de orde zijnde geval blijven daarentegen de verplichting tot eigendomsverschaffing én de beschermde positie van de koper juist in stand. Om die reden levert de executie van de verkochte zaak door de verkoper bij instandhouding van de koopovereenkomst derhalve een tekortkoming in de nakoming op, terwijl hij bovendien inbreuk maakt op het *Anwartschaftsrecht* resp. eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper.

Ook een aantal Duitse auteurs lijkt de (onderhandse) executie van de zaak waarbij de opbrengst in minder wordt gebracht op de koopprijsvordering onverenigbaar te achten met het voortbestaan van de koopovereenkomst, omdat de verkoper bij het voortbestaan van de koopovereenkomst *lieferbereit* moet blijven.⁷⁵ Terecht neemt Westermann aan dat de koopovereenkomst niet alleen bij terugname van de zaak ontbonden moet worden, maar ook ‘wenn der Verkäufer den Wert der Sache wieder an sich bringt.’⁷⁶ Dat strookt bovendien met de regel van § 449 (2) BGB, die bepaalt dat de verkoper het eigendomsvoorbehoud pas kan uitoefenen als hij de koopovereenkomst ontbindt. Zoals hiervoor bleek, ligt

⁷⁴ Serick 1963, p. 322.

⁷⁵ Soergel/Henssler 2002, Anh. zu § 929 BGB, Rn. 40 en Graf von Westphalen & Thüsing/Graf von Westphalen 2015, *Eigentumsvorbehaltssicherung*, Rn. 15. Vgl. ook treffend Stoll 1966, p. 245: ‘Es sollte nicht vergessen werden, daß der Käufer kraft des Kaufvertrages ein Recht auf die Ware hat. Anders als dem Pfandgläubiger oder dem Sicherungseigentümer steht daher dem Vorbehaltsverkäufer mangels besonderer Vereinbarung kein Recht zur Verwertung der Sache zu, solange der Kaufvertrag besteht.’

⁷⁶ MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 34. Zo ook Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 361. Ook in de rechtspraak van het BGH is in het kader van § 5 AbzG, waarin was bepaald dat wanneer de verkoper de zaak terugneemt, dit ontbinding tot gevolg heeft, aangenomen dat executie ook tot ontbinding leidt. Zie bijv. BGH 10 november 1954, *NJW* 1955, 64 en BGH 24 november 1954, *NJW* 1955, 139. Zie thans daarover MünchKomm-BGB/Schüßler 2016, § 508 BGB, Rn. 52-54. Gelet op het feit dat deze regel thans ook is neergelegd in § 449 (2) BGB, ligt het voor de hand deze rechtspraak nu ook toe te passen op een ‘gewoon’ eigendomsvoorbehoud. In die richting MünchKomm-BGB/Westermann 2004, § 449 BGB, Rn. 37. Vgl. ook voor het Oostenrijkse recht OGH 26 juli 2006, zaaknr. 3Ob84/05g.

daaraan de gedachte ten grondslag dat voorkomen moet worden dat de koper verplicht blijft tot betaling van de koopprijs, terwijl hij niet meer het gebruik van de zaak heeft. Voor het Oostenrijkse recht heeft Bydlinski opgemerkt dat de benadering, waarin het eigendomsvoorbehoud wordt gereduceerd tot een middel waarmee ‘de Verkäufer bloß jeden Zugriff von Gläubigern des Käufers auf die Sache verhindern und für die eigene Forderung auf diese praktisch begünstigt Exekution führen könnte’, ‘denkbar funktionswidrig’ is, omdat het eigendomsvoorbehoud niet los kan worden gezien van de ontbinding van de koopovereenkomst.⁷⁷ Voor het Nederlandse recht geldt niets anders. Slechts door ontbinding kan de verkoper bewerkstelligen dat hij weer (vrijelijk) kan beschikken over de zaak. In de toelichting bij de DCFR wordt in dat verband terecht opgemerkt dat een eventuele nieuwe verkoop na terugname van de zaak simpelweg moet worden beschouwd als een nieuwe verkoop, die geheel losstaat van de eerdere transactie en dus ook niet kan worden beschouwd als een executie in het kader van de eerdere koopovereenkomst.⁷⁸ Het eigendomsvoorbehoud kan derhalve niet door executie worden uitgeoefend.

Het staat partijen vanzelfsprekend vrij om andere afspraken te maken.⁷⁹ Zo is wel geprobeerd de bovenstaande problematiek door middel van een (normatieve) uitleg van de executiebevoegdheid te omzeilen. In de bevoegdheid om de zaak (onderhands) te executeren – welke bevoegdheid volgens sommigen besloten ligt in het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud, terwijl volgens anderen een uitdrukkelijke partijafpraak nodig is – zou impliciet besloten liggen dat partijen daarmee tevens zijn overeengekomen dat de verkoper niet tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, indien hij de zaak executeert.⁸⁰ In feite wordt daarmee de executiebevoegdheid aldus uitgelegd dat de verkoper in geval van executie niet meer verplicht is tot eigendomsoverdracht en de bevoegdheid heeft het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper te frustreren. Hoewel een zodanige afspraak op zichzelf – buiten het geval van artikel 7:6 BW – denkbaar is, komt het mij voor dat van een dergelijke veronderstelde partijwil niet gauw kan worden aangenomen, omdat zij sterk afwijkt van het normaaltype

77 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 552, die hieraan overigens zelf minder vergaande conclusies verbindt. Op p. 457-458 en p. 645 neemt hij namelijk aan dat de hier bestreden mogelijkheid van executie wel mogelijk is, omdat de strekking van het eigendomsvoorbehoud is dat zekerheid wordt geboden voor de voldoening van de koopprijs, hetgeen niet veel meer is dan een *petitio principii*. Hij sluit zich daarbij aan bij de redenering van Serick, die er in feite op neerkomt dat de verkoper van zijn verplichting bevrijd is omdat de koper er rekening mee moet houden dat de verkoper niet meer presteert, als de koper zijnerzijds tekortschiet (zie het meest expliciet Serick 1963, p. 441). Het enkele tekortschieten van de wederpartij geeft aan de verkoper evenwel niet de bevoegdheid zijn eigen verplichtingen te laten varen. Indien de verkoper van zijn eigen verplichting bevrijd wil worden dient hij de koopovereenkomst te ontbinden.

78 Von Bar & Clive 2009, p. 5666.

79 Zie voor een partijafpraak waarbij het eigendomsvoorbehoud wordt uitgeoefend, zonder dat de koopovereenkomst wordt ontbonden L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1240, in verband met de – nogal vergezochte – slotzin van art. 3:92 lid 3 BW. Zie eveneens kritisch Vriesendorp 1985a, p. 129 en Schoordijk 1986, p. 310.

80 Rühl 1930, p. 213 en Letzgus 1938, p. 51-52 en p. 62-66. Ook zou men kunnen betogen dat de executieopbrengst in de plaats treedt van de verkochte zaak en dat de verkoper vervolgens zijn verplichting tot uitkering van de (volledige) opbrengst kan verrekenen met de openstaande koopprijs. Vgl. Letzgus 1938, p. 51. Daarbij wordt echter miskend dat de verkoper niet de bevoegdheid heeft om eenzijdig te besluiten zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst zomaar te wijzigen, in die zin dat hij niet meer verplicht is de zaak over te dragen, maar slechts de waarde van de zaak behoeft uit te keren. Aan de toepassingsvoorwaarden van art. 6:90 BW zal in de regel niet zijn voldaan. Uit HR 18 juni 1926, *NJ* 1926, p. 1078 m.nt. E.M. Meijers kan niets anders worden afgeleid, nu het in dat geval ging om een koper die weigerde de gekochte zaken in ontvangst te nemen.

eigendomsvoorbehoud. Voor een dergelijke uitleg dienen op zijn minst aanknopingspunten te bestaan in de tussen partijen (daadwerkelijk) gemaakte afspraken. Ik heb ook niet de indruk dat een dergelijke wijze van uitoefenen van het eigendomsvoorbehoud naar Nederlands recht gangbaar is.

Wel verschilt de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door middel van executie in resultaat per saldo niet zoveel van de terugneming van de zaak met ontbinding van de koopovereenkomst, althans voor zover de executiebevoegdheid ook zo wordt uitgelegd dat de verkoper verplicht is een eventueel surplus aan de koper uit te keren. Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Een zaak wordt verkocht voor € 100,- en de koper heeft op een zeker moment € 40,- betaald. Indien de verkoper de zaak op grond van een daartoe strekkend beding terugneemt en executeert en daarbij een opbrengst van € 50,- weet te genereren, kan hij de koper nog aanspreken voor € 10,-. Indien de verkoper de koopovereenkomst bij de terugname van de zaak daarentegen zou ontbinden, zou hij verplicht zijn de € 40,- te restitueren aan de koper op grond van artikel 6:271 BW, terwijl hij op grond van artikel 6:277 BW € 50,- zou kunnen vorderen van de koper, vanwege het feit dat de zaak nog maar € 50,- waard is. Door verrekening van de schuld van artikel 6:271 BW met de vordering van artikel 6:277 BW zou hij ook in dit geval van de koper nog € 10,- kunnen vorderen. Indien de zaak na uitoefening nog € 70,- waard zou zijn, zou hij de koper na verrekening nog € 10,- moeten restitueren. In de executievariant zou men dan moeten aannemen dat de koper een aanspraak heeft op dit surplus, zodat hij ook nog aanspraak zou kunnen maken op € 10,-. Beide varianten leiden daarmee tot hetzelfde resultaat.

Een aantal Duitse auteurs lijkt de hiervoor genoemde bezwaren te hebben onderkend. Volgens hen staat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door middel van executie desalniettemin niet op gespannen voet met het voortbestaan van de koopovereenkomst en de beschermde rechtspositie van de koper. Zij betogen namelijk dat een eventueel beroep van de koper op het voortbestaan van de koopovereenkomst en diens beschermde rechtspositie nadat hij zelf in gebreke is gebleven met de voldoening van de koopprijs en de verkoper de zaak heeft terug te nemen, zou hebben te gelden als een *venire contra factum proprium*.⁸¹ Als de koper zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst niet voldoet, kan hij in deze visie later geen beroep meer doen op zijn aanspraken uit dezelfde koopovereenkomst, omdat deze handelwijze in strijd zou komen met diens eerdere gedrag, namelijk het niet voldoen van de verschuldigde tegenprestatie. Met andere woorden: door de koopprijs niet te voldoen, verwerkt de koper zijn rechten uit de koopovereenkomst.

Het teruggrijpen op het rechtsverwerkingsleerstuk acht ik evenwel gekunsteld en weinig overtuigend. Uit het enkele feit dat de koper tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, kan namelijk niet zonder meer en voor alle gevallen worden afgeleid dat hij zijn rechten uit de koopovereenkomst niet meer geldend wil maken. Aangezien het uitgangspunt bij niet-nakoming is dat het tekortschieten van de ene partij niet automatisch tot gevolg heeft dat de overeenkomst of de

81 Serick 1963, p. 441, Dilcher 1979, p. 335, Bodenburg 1979, p. 1207 en Tiedtke 1980, p. 1481. Zie verder ook Stoll 1966, p. 246, die aanneemt dat de koper in schuldeisersverzuim raakt door de koopprijs niet te voldoen. Müller 1970, p. 1211 neemt aan dat de koper afstand doet van zijn aanspraken uit de koopovereenkomst indien hij niet betaalt. Vgl. ook Huber 1987, p. 754 die meent dat uit de volstreckte wederkerigheid voortvloeit dat de verplichtingen van de verkoper wegvallen zodra de koper definitief niet meer betaalt.

daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen tenietgaan, kan de verkoper uit het enkele tekortschieten van de koper niet gerechtvaardigd de gevolgtrekking verbinden dat de koper geen beroep meer zal doen op de hem toekomende aanspraken uit de koopovereenkomst. Integendeel, de verkoper die bevrijd wil worden van zijn eigen verplichtingen dient de koopovereenkomst te ontbinden. Van rechtswerking is slechts sprake ‘indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht.’⁸² Het enkele stilzitten, door de verschuldigde tegenprestatie niet te voldoen, kan niet als een dergelijke onverenigbaarheid worden begrepen.⁸³ Een andersluidende opvatting zou tot gevolg hebben dat de regeling van de bevrijdende verjaring zou worden uitgehold door het rechtsverwerkingsleerstuk.⁸⁴

Bovendien is van nadeel – als belangrijke factor voor het aanvaarden van een beroep op rechtsverwerking – van de verkoper geen sprake. Weliswaar kan het voor de verkoper bezwaarlijk of onmogelijk zijn om nog aan zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst te voldoen als de koper – nadat de verkoper de zaak heeft doorverkocht – alsnog de verschuldigde tegenprestatie voldoet en vervolgens aanspraak maakt op de eigendom van de zaak, maar dat is geen gevolg van het feit dat de koper in eerste instantie is tekortgeschoten of de indruk heeft gewekt dat hij geen aanspraak meer maakte op nakoming, maar van het feit dat de verkoper de verkochte zaak heeft doorverkocht zonder de koopovereenkomst te ontbinden. Zo al sprake zou zijn van nadeel als gevolg van voortbouwend handelen, is dit nadeel derhalve een gevolg van het feit dat de verkoper de zaak zelf niet meer ter beschikking heeft gehouden voor de koper, althans van het feit dat hij de zaak heeft vervreemd zonder de koopovereenkomst te ontbinden. Het rechtsverwerkingsleerstuk kan de executie van de verkochte zaak met instandhouding van de koopovereenkomst derhalve niet in algemene zin rechtvaardigen. Dat neemt niet weg dat in bijzondere gevallen sprake kan zijn van een situatie waarin de koper als gevolg van rechtsverwerking geen beroep meer kan doen op de aan hem toekomende aanspraken uit de koopovereenkomst, maar van een zodanige situatie zal niet snel sprake zijn.⁸⁵

⁸² HR 7 juni 1991, *NJ* 1991, 708 (*Bankmanager*), rov. 3.3.1.

⁸³ Vgl. HR 18 januari 2013, *NJ* 2013, 317, rov. 4.1.1. Ook de wetgever is hiervan uitgegaan bij de regeling van het recht van reclame. In de visie van de wetgever zou de verkoper namelijk verplicht zijn de zaak ter beschikking te houden voor de koper, indien de uitoefening van het recht van reclame geen ontbinding tot gevolg zou hebben, waaruit in ieder geval kan worden afgeleid dat de enkele niet-betaling volgens de wetgever niet tot gevolg heeft dat de koper geen aanspraak meer kan maken op hernieuwde aflevering en eigendomsoverdracht. Zie T.M. *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 279 en de literatuur genoemd in voetnoot 39. Zo ook BGH 1 juli 1970, *NJW* 1970, 1733, waarin hij oordeelde ‘daß eine Rücknahme der Kaufsache ohne Auflösung des Kaufvertrages den Vorbehaltsverkäufer nicht etwa berechtigt, wie ein Pfandgläubiger oder Sicherungseigentümer die Kaufsache zu verwerten, um sich für seine Kaufpreisforderung zu befriedigen. Da der Kaufvertrag und die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers in diesem Falle weiter bestehen, muß vielmehr der Vorbehaltsverkäufer die Kaufsache dem Käufer weiter zur Verfügung halten, um sie ihm gegebenenfalls gegen Zahlung der Rückstände wieder herauszugeben.’ Zo ook Van Look & Stoltenberg 1990, p. 665, voetnoot 43.

⁸⁴ Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking*, [s.l.]: [s.n.] 1968, p. 107, Valk 1993, p. 77-84 en Smeehuijzen 2008, p. 314-322.

⁸⁵ Zie ook HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, rov. 5 waarin de Hoge Raad oordeelde dat een beroep op rechtsverwerking als toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ‘slechts in uitzonderlijke omstandigheden gegrond [kan] worden geoordeeld.’

5.7 Alternativiteit als wezenskenmerk van het eigendomsvoorbehoud

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de alternativiteit van verkrijging van de koopprijs en behoud van de eigendom van de zaak een wezenskenmerk vormt van het eigendomsvoorbehoud. Uit het ruil karakter van de koopovereenkomst volgt dat de verkoper ofwel de prestatie van de wederpartij verkrijgt, ofwel zijn eigen prestatie behoudt. Hij kan, behoudens een afwijkende partijafsprake, nimmer aanspraak maken op beide prestaties.⁸⁶ Dat geldt niet alleen na nakoming of ontbinding, maar in het bijzonder ook gedurende de tijd dat de nakoming van de koopovereenkomst nog mogelijk is.

Deze alternativiteit heeft tot gevolg dat de koper het recht om de zaak onder zich te hebben en te gebruiken behoudt, zolang het nog mogelijk is om de verschuldigde tegenprestatie te voldoen. Dat strookt met hetgeen partijen gewoonlijk met het eigendomsvoorbehoud voor ogen staat, namelijk dat de koper door gebruik van de verkochte zaak de middelen kan verwerven om de verkoper te betalen. De keerzijde van deze alternativiteit is ook dat de koper de verschuldigde prestatie niet meer hoeft te voldoen, zodra de verkoper overgaat tot (definitieve) uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. De uitoefening van het eigendomsvoorbehoud gaat gepaard of valt samen met ontbinding van de koopovereenkomst. Een *Doppelbefriedigung* van de verkoper, in de zin dat hij zowel aanspraak kan maken op zowel betaling van de koopprijs als behoud van de verkochte zaak, is derhalve niet mogelijk.⁸⁷

5.8 Afdracht van overwaarde bij ontbinding

De definitieve uitoefening van het eigendomsvoorbehoud leidt tot ontbinding van de koopovereenkomst. Vervolgens moet de overeenkomst worden afgewikkeld overeenkomstig de ontbindingsregels, voor wat betreft de verbintenissen die reeds zijn nagekomen (art. 6:271 BW). In dat verband kan men de vraag stellen of eventuele 'overwaarde' toekomt aan de verkoper of aan de koper. Zoals in hoofdstuk 2 is gebleken, is de vermeende wenselijkheid van dergelijke afdracht van overwaarde volgens veel auteurs gelegen in de omstandigheid dat het eigendomsvoorbehoud een zekerheidsrecht is. Het gaat daarbij om overwaarde die het gevolg is van het feit dat de verkoper bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud meer zou kunnen ontvangen dan bij nakoming door de koper. Aangezien de koopprijs veelal correspondeert met de waarde die de zaak in het handelsverkeer heeft, zal van overwaarde die het gevolg is van een wanverhouding tussen koopprijs en waarde van de zaak in de regel geen sprake zijn.

⁸⁶ Zie ook art. 7:93 lid 2 BW, dat teruggaat op art. 1576x BW (oud), waaruit blijkt dat de verkoper moet kiezen voor ofwel teruggave van de zaak, ofwel nakoming door middel van verhaal op het vermogen van de huurkoper. Zie daarover M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/94, 431, 3, p. 13, Fischer & Frank 1936, p. 71, Schürmann 1936, p. 147-148 en Zevenbergen 1938, p. 79.

⁸⁷ Zie ook hoofdstuk 8, paragraaf 8.5.4 over de (dreigende) *Doppelbefriedigung* van de verkoper in het kader van de gerechtigdheid tot schadevergoedingsvorderingen gedurende de periode van onzekerheid.

Overwaarde kan zich bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud niettemin op een tweetal wijzen manifesteren.⁸⁸ In de eerste plaats kan sprake zijn van overwaarde, omdat de koper reeds een gedeelte van de koopprijs heeft voldaan. De verkoper zou meer ontvangen dan bij nakoming van de koopovereenkomst, indien hij dit gedeelte van de koopprijs zou mogen behouden. Van daadwerkelijke overwaarde, in de zin dat de zaak meer waard is dan waar de verkoper recht op heeft, is in dit geval geen sprake. Het gaat hier in feite om de vraag hoe de koopovereenkomst moet worden afgewikkeld na uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, hetgeen in de literatuur dikwijls als een kwestie van overwaarde wordt benaderd. Ten tweede kan overwaarde ontstaan omdat de verkochte zaak tussentijds in waarde is gestegen. In een dergelijk geval kan uitoefening van het eigendomsvoorbehoud tot gevolg hebben dat de verkoper meer ontvangt dan in het geval dat de koper de verschuldigde prestatie zou hebben voldaan. Deze beide typen overwaarde worden hierna achtereenvolgens besproken.

5.8.1 *Terugbetaling van het reeds betaalde gedeelte van de koopprijs*

Indien de koopovereenkomst als gevolg van de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud wordt ontbonden, ontstaan op grond van artikel 6:271 BW ongedaanmakingsverbintenissen. Aldus dient de verkoper het reeds betaalde gedeelte van de koopprijs te restitueren.⁸⁹ Dit bedrag komt dus in beginsel toe aan de koper. Indien echter een tekortkoming van de koper de oorzaak voor ontbinding is, heeft de verkoper recht op schadevergoeding, die tevens het positieve contractsbelang omvat (art. 6:277 BW). Een dergelijke schadevergoedingsvordering zal de verkoper geldend kunnen maken als de verkochte zaak tussentijds in waarde is gedaald. De hoogte van de schadevergoeding wordt bepaald door een vergelijking tussen de situatie waarin de verkoper zou verkeren bij nakoming van de overeenkomst en de situatie waarin hij verkeert na ongedaanmaking.⁹⁰ Bij een waardedaling van de zaak dient de koper dus het verschil tussen de waarde van de zaak bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en de hoogte van de koopprijsvordering te betalen als schadevergoedingsvordering. De verkoper kan deze schadevergoedingsvordering verrekenen met diens verplichting tot restitutie van het reeds aanbetaalde gedeelte van de koopprijs.⁹¹ Indien vervolgens nog een surplus resteert – omdat de waardedaling geringer is dan hetgeen de koper reeds heeft aanbetaald – dient de verkoper dit restant uit te keren aan de koper. Aangezien het plafond voor de schadevergoedingsvordering van artikel 6:277 BW wordt gevormd door de hypothetische vermogenspositie van de verkoper bij nakoming door de koper, bewerkstelligen deze regels uiteindelijk dat de verkoper als gevolg van de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud nooit meer zal ontvangen dan bij nakoming van de koopovereenkomst.

⁸⁸ Struycken 1996c, p. 655.

⁸⁹ Van Lier 1892, p. 47-48, Vriesendorp 1985a, p. 68, Heyman 1994, p. 10, Salomons 1995, p. 821 en Struycken 1996b, p. 179. Kennelijk anders: Wibier 2016, p. 213.

⁹⁰ T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 1036.

⁹¹ Verheul 2015b, p. 274 en Bartels & Geurts 2016, p. 130. Hieraan wordt voorbijgegaan door W.M. Kleijn in punt 5 van zijn noot onder HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 (*Keereweer q.q./Sogelease*) (zie ook hierna in voetnoot 96) en Hemsing 1892, p. 51.

Het staat partijen in beginsel vrij om van die regels af te wijken. Niet ongebruikelijk is een beding met de strekking dat het reeds aanbetaalde bedrag aan de verkoper verblijft, indien de verkoper moet overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud omdat de koper in gebreke is gebleven met de voldoening van de verschuldigde koopprijs. Een zodanige afspraak is te begrijpen als een boetebeding, waartegen geen bezwaar behoeft te bestaan.⁹² In voorkomende gevallen kan de boete worden gematigd op grond van artikel 6:94 BW.⁹³ Ook het Oostenrijkse en Duitse recht hebben houden dergelijke afspraken, waarbij de reeds aanbetaalde termijnen bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud als een bedongen boete aan de verkoper verblijven, voor mogelijk.⁹⁴

In voorkomende gevallen moet echter rekening worden gehouden met artikel 7:92 lid 1 BW. De bepaling verplicht bij de ontbinding van een goederenkredietovereenkomst wegens tekortschieten van de kredietnemer tot volledige verrekening, indien een van de partijen door de ontbinding in een betere vermogenstoestand zou geraten dan bij het in stand blijven van de overeenkomst. De bepaling gaat terug op artikel 1576t BW (oud), dat een vergelijkbare regeling kende voor huurkoopovereenkomsten. Door een aantal auteurs is in de loop der tijd zonder al te veel onderbouwing opgemerkt dat artikel 1576t BW (oud), al dan niet analogisch, zou moeten worden toegepast op het eigendomsvoorbehoud.⁹⁵ Opmerkelijk genoeg heeft de wetgever – zonder daaraan ook maar een woord te wijden – deze suggestie overgenomen bij de hercodificatie van artikel 1576t BW (oud) in artikel 7:92 lid 1 BW voor een eigendomsvoorbehoud dat valt binnen de definitie van de overeenkomst van goederenkrediet. Artikel 7:92 lid 1 BW is namelijk van toepassing op goederenkredietovereenkomsten. Het gaat daarbij blijkens artikel 7:84 lid 1 BW om een overeenkomst ‘ter zake van het verschaffen van het genot door de kredietgever aan de kredietnemer van een roerende zaak, niet zijnde een registergoed, mits de termijn waarbinnen het krediet moet worden terugbetaald langer is dan drie maanden nadat het krediet ter beschikking is gesteld, dan wel met het verschaffen van het genot van de zaak een aanvang is gemaakt.’ Een koopovereenkomst met eigendomsvoorbehoud valt derhalve onder deze definitie, indien de koper de verschuldigde tegenprestatie pas na meer dan drie maanden behoeft te voldoen.

92 Zo reeds Scholten 1906, p. 96. Vgl. ook S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, ‘De leasenemer in financiële moeilijkheden’, in: J.J. van Hees, R.M. Hermans & S.C.J.J. Kortmann, *Vermogensrechtelijke aspecten van leasing*, Lelystad: Vermande 1997, p. 93-96.

93 Vgl. Struycken 1996c, p. 658 en Van Hees 1997, p. 186-187. Vgl. ook BGH 27 juni 1960, *NJW* 1960, 1568.

94 Zie voor Oostenrijk Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 86 en Schwimann & Kodek/Reidinger 2014, § 921 ABGB, Rn. 20 onder verwijzing naar OGH 10 december 1981, zaaknr. 7Ob786/81. Zie voor het Duitse recht Lambsdorff 1974, p. 59, BGB-RGRK/Krüger-Nieland & Zöller 1982, § 138 BGB, Rn. 96, MünchKomm-BGB/Gottwald 2016, Vorbem zu § 336-346 BGB, Rn. 36 en MünchKomm-BGB/Gaier 2016, § 354 BGB, Rn. 1. Volgens BGH 8 oktober 1992, *NJW-RR* 1993, 243 staat het partijen vrij een dergelijk beding overeen te komen, omdat de ontbindingsregels van regelend recht zijn, maar kan het beding onder omstandigheden nietig zijn wegens strijd met de goede zeden. Het BGH lijkt daarbij een zekere bovengrens te eisen, omdat zij anders averechts effect kan hebben, hetgeen in het berechte geval aan de orde was: ‘Die verfallende Summe ist nicht auf einen bestimmten Betrag begrenzt und wächst mit der Höhe der auf den Kaufpreis erbrachten Zahlungen. Das hat zur Folge, daß sich der Schuldner im Ergebnis desto besser stellt, je weniger er seinen Zahlungspflichten nachkommt, und desto schlechter, je vertragsgetreuer er sich verhält. Damit wird ein wesentlicher Zweck der Verfallklausel in sein Gegenteil verkehrt.’ Zie voor vergelijkbare bezwaren Hemsing 1892, p. 53: ‘Het bedrag der straf staat in omgekeerde reden tot de door kooper betoonde nauwgezetheid in betalen.’

95 Schoordijk 1971, p. 470 (kennelijk anders: Schoordijk 1986, p. 310), Brahn 1984, p. 32, eindnoot 6, Vriesendorp 1985a, p. 68-69 en Brahn 1991, p. 135.

Artikel 7:92 lid 1 BW strekt er aldus toe dat de koper het reeds aanbetaalde bedrag terugkrijgt, voor zover de verkoper door behoud van dit bedrag in een betere vermogenstoestand zou geraken dan bij nakoming van de koopovereenkomst.⁹⁶ In zoverre bepaalt het artikel derhalve niets anders dan reeds uit artikel 6:271 BW en artikel 6:277 BW voortvloeit.⁹⁷ Artikel 7:92 lid 1 BW heeft echter in alle verhoudingen een dwingendrechtelijk karakter (art. 7:98 lid 1 BW), zodat daarvan niet kan worden afgeweken. Die keuze van de wetgever is weinig overtuigend, in het bijzonder omdat zij verder niet is toegelicht. Niet goed valt namelijk in te zien waarom partijen de mogelijkheid moet worden ontnomen om af te wijken van de ontbindingsregels.⁹⁸ Oorspronkelijk had artikel 1576t BW (oud) ook al een dwingendrechtelijk karakter, maar die regeling was slechts van toepassing op gevallen van huurkoop. Bovendien hing het dwingendrechtelijk karakter van die regel samen met de tijd waarin de bepaling is ingevoerd. De huurkoopregeling werd in het midden van de jaren dertig van de vorige eeuw ingevoerd als reactie op woekerpraktijken en misbruiken, die ‘de vrije hanteering van het gemeene recht’ mogelijk maakte. De wetgever wenste de partijautonomie te beperken om het evenwicht te bewaren tussen partijen van ongelijke economische kracht.⁹⁹

Het tegenwoordige recht kent subtielere manieren om aan deze wens tegemoet te komen, zoals door bijzondere bescherming van consumenten en een inhoudelijke toets van algemene voorwaarden.¹⁰⁰ Met betrekking tot professionele partijen, valt niet goed in te zien waarom de bepaling een dwingendrechtelijk karakter heeft.¹⁰¹ Een zodanige dwingendrechtelijke bepaling kan tot gevolg hebben dat partijen niet in staat zijn om hun rechtsverhouding vorm te geven op de wijze waarop ze dat zouden willen.¹⁰² Het dwingendrechtelijk voorschrijven van volledige verrekening en de uitbreiding van de reikwijdte van die regel is des te opmerkelijker wanneer men bedenkt dat de wetgever bij de hercodificatie van de huurkoopregeling in Boek 7 BW de vermindering van dwingend recht als belangrijke doelstelling zag,¹⁰³ terwijl hij noch de uitbreiding van de regeling tot koopovereenkomst met een eigendomsvoorbehoud (met een betalingstermijn van meer dan drie maanden) noch het dwingendrechtelijk karakter van artikel 7:92 lid 1 BW heeft onderbouwd. Er bestaat dan ook geen goede reden om partijen dwingendrechtelijk te verplichten tot volledige verrekening, indien de koper geen

96 Zie over deze ratio van art. 1576t BW (oud), hierna in paragraaf 5.8.2. In punt 5 van zijn noot onder HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 (*Keereweer q.q./Sogelease*) suggereert W.M. Kleijn dat de toepassing van (thans) art. 7:92 lid 1 BW tot gevolg kan hebben dat de verkoper bij ontbinding slechter af is dan bij nakoming, wanneer hij de aanbetaalde termijnen dient te restitueren. Daarbij gaat hij eraan voorbij dat de verkoper ook een schadevergoedingsvordering heeft en aldus slechts over hoeft te gaan tot restitutie van het aanbetaalde voor zover zijn schade is vergoed. Hij is enkel slechter af indien het aanbetaalde niet voldoende is om de schadevergoedingsvordering mee te verrekenen, maar dat nadeel staat los van de werking van art. 7:92 lid 1 BW.

97 Vgl. punt 5 van de noot van W.M. Kleijn onder HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 (*Keereweer q.q./Sogelease*), Struycken 1996b, p. 180 en Verheul 2015b, p. 274.

98 Zie over het navolgende uitgebreid Verheul 2015b, p. 271-277.

99 M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 6-7.

100 Vgl. Struycken 1996b, p. 180.

101 Zo reeds tegen de in de literatuur wel bepleite toepassing van art. 1576t BW (oud) op het eigendomsvoorbehoud: Mezas 1985, p. 15. Daarbij lijkt te worden aangesloten door Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 541. Zie ook Reehuis 2013, nr. 86 en Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 40. Vgl. ten aanzien van leasing ook Van Hees 1997, p. 186-187.

102 Vgl. Van Hees 1997, p. 33-38.

103 M.v.T., *Kamerstukken II* 2015/2016, 34442, 3, p. 1.

consument is. Wat hiervan verder echter ook zij, voor koopovereenkomsten met een eigendomsvoorbehoud die onder de definitie van een goederenkredietovereenkomst vallen, kan met de inwerkingtreding van artikel 7:92 lid 1 BW niet meer worden afgeweken van de regels van artikel 6:271 e.v. BW.

5.8.2 *Overwaarde als gevolg van waardestijging*

Indien sprake is van overwaarde als gevolg van het feit dat de verkochte zaak tussentijds in waarde is gestegen, heeft toepassing van de hiervoor genoemde regels tot gevolg dat dergelijke waardestijging ten goede komt aan de verkoper.¹⁰⁴ De verplichting tot afdracht bij ontbinding van de verkoper reikt namelijk niet verder dan tot terugbetaling van datgene wat reeds is gepresteerd (art. 6:271 BW). Dat is slechts anders indien de waardestijging een gevolg is van veranderingen of toevoegingen door de koper aangebracht (art. 6:275 BW) of de verkoper gekozen heeft voor ontbinding, terwijl aannemelijk is dat hij zonder de waardestijging niet tot ontbinding zou zijn overgegaan (art. 6:278 BW). In de regel zal van een zodanige situatie geen sprake zijn.

Dat de verkoper overwaarde als gevolg van waardestijging behoudt, is ook gerechtvaardigd.¹⁰⁵ De verkoper gaat immers over tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, omdat de koper de verschuldigde tegenprestatie niet voldoet. Het valt niet goed in te zien waarom de koper als gevolg van zijn eigen wanprestatie een voordeel in de schoot geworden zou moeten krijgen in de vorm van een vergoeding van de tussentijds opgetreden waardestijging. Aangezien de zaak nooit onderdeel heeft uitgemaakt van het vermogen van de koper en de koper juist in gebreke is gebleven met voldoening van de prestatie die zou bewerkstelligen dat de zaak onderdeel zou gaan uitmaken van zijn vermogen, bestaat geen rechtvaardiging voor het toekennen van deze overwaarde aan de koper. De waardestijging van de verkochte zaak komt dan ook toe aan degene die eigenaar is gebleven van die zaak.¹⁰⁶ De verkoper behoudt met een eigendomsvoorbehoud zijn eigen prestatie voor, zodat de verkoper ook profiteert van de waardestijging van zijn eigen prestatie, indien hij door ontbinding bevrijd wordt van zijn verplichtingen. Ook in de parlementaire geschiedenis van het eigendomsvoorbehoud merkt de wetgever uitdrukkelijk op dat als de verkoper de zaak na uitoefening van het eigendomsvoorbehoud aan een ander vervreemdt, hij 'de opbrengst geheel voor zichzelf' kan houden.¹⁰⁷

104 Schoordijk 1986, p. 310 en Salomons 1995, p. 821. Anders: Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 40 die opmerkt dat op grond van art. 6:271 BW plaats is 'voor een vergoeding van de eventuele waardestijging van de zaak door de verkoper aan de koper.' Art. 6:271 BW reikt evenwel niet verder dan terugbetaling van het reeds aanbetaalde. Buiten het geval van art. 6:278 BW is voor een vergoeding als gevolg van tussentijdse waardestijging geen ruimte.

105 Salomons 1995, p. 822, Struycken 1996b, p. 180 en Verheul 2015b, p. 275. Zo ook m.b.t. het recht van reclame W.M.J. Weijers, *Het reclamerecht in collisie met enkele andere rechten*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 9 en Fikkers 1992, p. 143.

106 Vgl. ook W.H. van Boom in diens noot onder HR 12 februari 2016, *AA* 2016, p. 363-370 die op p. 368 opmerkt dat waardevermeerdering 'ten gunste komt van degene die geacht moet worden altijd de rechthebbende te zijn gebleven.'

107 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

De koper lijdt hierdoor geen nadeel, omdat (de waarde van) de zaak nooit deel heeft uitgemaakt van zijn vermogen. Bovendien zal de koper veelal indirect wel degelijk profiteren van de waardeestijging. Aangezien zaken in het algemeen door tijdsverloop (en gebruik) in waarde afnemen, zal de koper bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud dikwijls tot vergoeding van een waardedaling verplicht zijn in de vorm van de schadevergoedingsvordering ex artikel 6:277 BW. Als de zaak in een voorkomend geval in waarde is gestegen, heeft dit tot gevolg dat de schadevergoedingsverplichting van de koper dienovereenkomstig afneemt of zelfs geheel wegvalt. Het is derhalve goed denkbaar dat de waardeestijging tot gevolg heeft dat de koper tot minder of geen schadevergoeding verplicht is. Als hij reeds een gedeelte van de koopprijs heeft betaald, zal hij dan ook een groter gedeelte terugontvangen.¹⁰⁸

Een aantal auteurs heeft daarentegen betoogd dat het wenselijk en billijk is dat dergelijke overwaarde zou toekomen aan de koper, omdat eigendom hier als zekerheidsmiddel functioneert.¹⁰⁹ De grondslag voor een zodanige verplichting zou artikel 6:212 BW of artikel 7:92 lid 1 BW zijn.¹¹⁰ Zoals in dit proefschrift wordt verdedigd, heeft het eigendomsvoorbehoud echter een geheel andere functie dan een pandrecht of de onder het oude recht gebruikelijke zekerheids-overdracht. De vergelijking met artikel 3:253 lid 1 BW of met de overeenkomstige toepassing van de regels voor pandrecht op de zekerheidsoverdracht onder het oude recht, gaat derhalve niet op. Bovendien moet bedacht worden dat de verplichting tot afdracht van een surplus bij pandrecht haar grondslag heeft in de omstandigheid dat de verpande zaak, althans in ieder geval het surplus, in economisch opzicht is blijven toebehoren aan de zekerheidsgever.¹¹¹ Aangezien (dit gedeelte van) de waarde van de zaak derhalve in het vermogen van de pandgever valt, is het gerechtvaardigd dat hij dit surplus verkrijgt. Bij het eigendomsvoorbehoud is hiervan geen sprake. Juist vanwege het eigendomsvoorbehoud en de omstandigheid dat de koper de tegenprestatie voor de verkrijging van de zaak nog niet heeft voldaan, behoort de zaak immers niet tot het vermogen van de koper. Het valt niet goed in te zien waarom het gerechtvaardigd zou zijn dat de koper een gedeelte van de waarde van de zaak zou ontvangen, terwijl deze waarde nooit onderdeel heeft uitgemaakt van zijn vermogen.

Bovendien kunnen de genoemde artikelen geen grondslag bieden voor een verplichting tot afdracht. Van een ongerechtvaardigde verrijking van de verkoper kan niet worden gesproken.¹¹² Zo men al zou kunnen zeggen dat de koper is

¹⁰⁸ Verheul 2015b, p. 275.

¹⁰⁹ Vriesendorp 1985a, p. 68-69, Van Vliet 2008, p. 330-332. Zo ook (in ieder geval voor *sale and lease back*): Kortmann & Van Hees 1995a, p. 995-996, Kortmann & Van Hees 1995b, p. 456, R.D. Vriesendorp in zijn noot onder het *Sogelease*-arrest in *AA* 1995, p. 878. Ook Struycken 1996c, p. 656-658 acht afdracht van overwaarde – kennelijk in weerwil van zijn in voetnoot 105 genoemde standpunt – wenselijk, maar ziet daarvoor slechts mogelijkheden bij een meer functionele benadering van het zekerhedenrecht. Vgl. ook Brinkman 2011, p. 456 die betoogt dat het wenselijk is dat overwaarde door waardeestijging toekomt aan de koper, omdat de eigendom van de verkoper slechts de functie heeft om zekerheid te bieden voor de koopprijs en de zaak al ‘haftungsrechtlich’ toebehoort aan de koper. Zoals hier wordt betoogd, biedt het eigendomsvoorbehoud evenwel geen zekerheid voor de koopprijs en valt de zaak evenmin ‘haftungsrechtlich’ of ‘economisch’ in het vermogen van de koper, omdat hij de tegenwaarde voor de zaak nog niet heeft voldaan.

¹¹⁰ Zie naast de in de vorige noot genoemde auteurs: Heyman 1994, p. 10 en J.B. Vegter ‘Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële *sale-lease back*’, *WPNR* 1995 (6191), p. 556. Mogelijk ook: Salomons 1995, p. 821-822 (althans indien de afbetalingstermijn korter is dan de economische levensduur).

¹¹¹ Zie hoofdstuk 9, voetnoot 88.

¹¹² Struycken 1996b, p. 180.

verarmd, omdat hem een waardeestijging ontgaat, wordt deze verarming gerechtvaardigd door de koopovereenkomst met de verkoper, waaruit immers voortvloeit dat de koper pas aanspraak kan maken op (de waarde van) de zaak op het moment dat hij de koopprijs volledig heeft voldaan. De verkrijging van (de waarde van) de zaak heeft daarmee een alles-of-niets-karakter: pas als de volledige koopprijs is voldaan, verkrijgt de koper de zaak en kan hij aanspraak maken op de waardeestijging die is verbonden aan de omstandigheid dat hij eigenaar is van de zaak. Ook uit het samenspel van de regels van artikel 6:271, 6:277 en 6:278 BW kan worden afgeleid dat voor een verplichting tot afdracht geen ruimte bestaat. Integendeel, uit het feit dat artikel 6:278 BW de verplichting tot afdracht van waarde uitdrukkelijk beperkt tot een specifiek geval, moet worden afgeleid dat een voordeel voor de verkoper als gevolg van een waardeestijging buiten dat geval niet ongerechtvaardigd is. Een verplichting tot afdracht van dit voordeel op grond van artikel 6:212 BW zou deze door de wetgever gemaakte keuzes in het kader van de ontbindingsregeling doorkruisen.¹¹³

Ook artikel 7:92 lid 1 BW biedt geen grondslag voor een verplichting tot afdracht van overwaarde als gevolg van waardeestijging.¹¹⁴ Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, is de bepaling een rechtstreekse overname van artikel 1576t BW (oud). Die bepaling was een reactie van de wetgever op het veelvuldig in huurkoopovereenkomsten voorkomende vervalbeding, op grond waarvan de verkoper in geval van ontbinding niet alleen de verkochte zaak kon opvorderen, maar tevens het reeds aanbetaalde bedrag mocht behouden.¹¹⁵ Zoals hiervoor al bleek, wilde de wetgever met deze bepaling de kwetsbare huurkoper beschermen. Hij achtte een vervalbeding niet onredelijk indien slechts een klein gedeelte van de koopprijs was betaald en de zaak in waarde was gedaald.¹¹⁶ Als de verkoper als gevolg van het vervalbeding echter meer zou behouden dan waarop hij op grond van de koopovereenkomst recht had, moest hij dit surplus aan de koper uitkeren. Artikel 7:92 lid 1 BW strekt er derhalve slechts toe te verbieden dat de verkoper het reeds aanbetaalde bedrag behoudt, voor zover dit bedrag vermeerderd met de restwaarde van de zaak de hoogte van de koopprijsvordering overstijgt.¹¹⁷

De bepaling bestrijkt niet het geval dat de verkoper bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in een betere vermogenstoestand geraakt doordat de verkochte zaak tussentijds in waarde is gestegen.¹¹⁸ De wetgever wenste slechts een bevoordeling van de verkoper te voorkomen die ten koste ging van het vermogen van de koper, waaruit het reeds aanbetaalde bedrag afkomstig was. Daarvan is

¹¹³ Vgl. Verzijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 40. Zie ook Salomons 1995, p. 821 die opmerkt dat uit art. 6:278 BW moet worden afgeleid dat buiten die situatie overwaarde als gevolg van waardeestijging juist niet behoeft te worden afgedragen.

¹¹⁴ Struycken 1996b, p. 180, Struycken 1996c, p. 656 en Verheul 2015b, p. 274-275. Anders: A.F. Salomons, 'Reactie', *WPNR* 1996 (6237), p. 654 en Van Vliet 2008, p. 330-332.

¹¹⁵ Zevenbergen 1938, p. 109. Zie ook Hemsing 1892, p. 51-54, Scholten 1906, p. 94-96 en C.J.H. Jansen, *De negentiende-eeuwse wortels van het moderne zekerheidsrecht* (oratie Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 10.

¹¹⁶ M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 12.

¹¹⁷ M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 12.

¹¹⁸ Anders: Van Vliet 2008, p. 330-332, die ten onrechte uit de wetgeschiedenis afleidt dat de wetgever onder alle omstandigheden vermogensvoordeel van de verkoper wilde voorkomen. Aan de problematiek van waardeestijging is immers überhaupt niet gedacht. Anders dan Van Vliet meent, is aan de memorie van antwoord bij de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken ook geen argument te ontleen. De door hem aangehaalde passage (M.v.A., *Kamerstukken II*, 1972/73, 11277, 6, p. 8) heeft namelijk slechts betrekking op het geval dat de overeenkomst door bevrediging van de huurverkoper eindigt en heeft niet het oog op de situatie dat sprake is van ontbinding.

geen sprake indien de overwaarde een gevolg is van een tussentijdse waardestijging, terwijl bovendien niet goed valt in te zien waarom zodanige overwaarde aan de koper zou moeten toekomen, indien hij tekortschiet in de nakoming van de koopovereenkomst. Dit stemt ook overeen met de regels voor uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in de DCFR. Volgens art. IX.-7:301 (1) DCFR kan de verkoper het eigendomsvoorbehoud uitoefenen door ‘termination of the contractual relationship.’ Vervolgens kan hij de zaak als eigenaar opvorderen. In art. IX.-7:301 (3) DCFR wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat een eventueel surplus dat bij wederverkoop van de zaak wordt gerealiseerd, toekomt aan de verkoper. Aangezien de verkoper op grond van de ontbindingsregels volgens de DCFR ook gehouden is het reeds aanbetaalde bedrag te restitueren (art. III.-3:510 DCFR), gaat het hierbij om een surplus als gevolg van waardestijging van de zaak. Dat dergelijke overwaarde aan de verkoper toekomt wordt in de toelichting als volgt gerechtvaardigd:

‘The new contract has been concluded separately and independently of the original contract. The original buyer, hire-purchaser, lessee or consignee has not contributed in any way to achieving the additional profit – except indirectly by its default. How could such a nonperformance justify a reward?’¹¹⁹

Daaraan ligt ten grondslag dat de verkoper altijd eigenaar is gebleven en een dergelijke waardestijging toekomt aan de eigenaar van een zaak.¹²⁰ Zoals hierboven werd betoogd, geldt voor het Nederlandse recht niets anders.

5.9 Eigendomsvoorbehoud en verjaring

De uitoefening van het eigendomsvoorbehoud wordt onmogelijk indien de rechtsvordering ter zake van de tegenprestatie is verjaard. Artikel 3:92 lid 3 BW verbindt aan de verjaring van de rechtsvordering ter zake van de tegenprestatie namelijk het rechtsgevolg dat de voorwaarde voor vervuld wordt gehouden. De verjaring bewerkstelligt aldus dat de koper eigenaar wordt van de verkochte zaak. Deze regel, waarvoor in de literatuur opvallend weinig aandacht bestaat, is om verscheidene redenen bedenkelijk te noemen.

In de eerste plaats suggereert het voor vervuld houden van de voorwaarde in geval van verjaring van de rechtsvordering ter zake van de verschuldigde tegenprestatie dat het eigendomsvoorbehoud zekerheid zou bieden voor deze tegenprestatie, omdat de eigendom op de koper overgaat op het moment dat de verkoper de koper niet meer tot betaling van deze tegenprestatie kan aanspreken. In overeenstemming met de hier verdedigde visie dat het eigendomsvoorbehoud enkel de rechten van de verkoper bij ontbinding waarborgt, zou het meer voor de hand liggen om rechtsgevolgen te verbinden aan de verjaring van de rechtsvordering tot ontbinding (art. 3:111 jo. art. 6:268 BW). Het betreft hier echter slechts een ondergeschikt punt, omdat de rechtsvordering tot ontbinding op hetzelfde moment verjaart als de vordering tot nakoming van de hoofdverplichting van de

¹¹⁹ Von Bar & Clive 2009, p. 5666. Kritisch: Veneziano 2012, p. 134-135.

¹²⁰ Vgl. Brinkmann 2011, p. 456 en Veneziano 2012, p. 134-135.

koper. Materieel zou een dergelijke wijziging dus geen gevolgen hebben, maar zij zou wel duidelijker tot uitdrukking laten komen wat de functie van het eigendomsvoorbehoud is.

Meer fundamenteel rijst echter de vraag waarom de verjaring van de rechtsvordering ter zake van de tegenprestatie of ontbinding überhaupt tot gevolg heeft dat de voorwaarde voor vervuld wordt gehouden. Het gevolg is dat de koper door de verjaring eigenaar wordt van de verkochte zaak, ook als hij de verschuldigde tegenprestatie nog niet (volledig) heeft voldaan. Daarvoor bestaat geen goede rechtvaardiging. De regeling leidt er namelijk toe dat de koper dubbel wordt beloond. Niet alleen is hij niet meer gehouden de verschuldigde tegenprestatie te voldoen (althans: is deze verplichting niet meer afdwingbaar), ook wordt hem als bonus de prestatie van de wederpartij in de schoot geworpen.¹²¹ Het valt niet goed in te zien wat rechtvaardigt dat de partij die zelf haar verplichtingen gedurende de verjaringstermijn niet is nagekomen, daardoor aldus wordt beloond dat zij vanwege het langdurige niet-presteren de prestatie van de wederpartij verkrijgt.

De parlementaire geschiedenis onderbouwt de regel door te wijzen op het feit dat de regel in overeenstemming is met artikel 3:323 BW, op grond waarvan zekerheidsrechten tenietgaan door voltooiing van de verjaring van de vordering tot nakoming van de verbintenis waarvoor het desbetreffende recht tot zekerheid strekt.¹²² Voor het vuistpandrecht maakt lid 2 op die regel een uitzondering, omdat uit het feit dat de pandhouder de verpande zaak onder zich heeft volgens de wetgever een vermoeden volgt dat de geseceerde vordering nog niet is voldaan, terwijl bovendien voor de pandhouder minder aanleiding bestaat om de pandgever tot betaling aan te spreken, omdat hij de desbetreffende zaak onder zich heeft, in het bijzonder indien de waarde van verpande zaak voldoende is om daarop zijn vordering te verhalen.¹²³

Deze regeling voor zekerheidsrechten sluit aan bij de motieven die ten grondslag liggen aan de regeling van de bevrijdende verjaring. De verjaring leidt ertoe dat de schuldenaar na verloop van een zekere tijd niet meer kan worden aangesproken tot nakoming, omdat diens bewijspositie kan zijn verslechterd en hij er in de loop der tijd van uit kan zijn gegaan dat tegen hem geen rechtsvordering meer zouden worden ingesteld.¹²⁴ Deze rationes van de verjaringsregeling zouden worden ondergraven, als de geseceerde schuldeiser door middel van executie van het zekerheidsobject via een omweg alsnog nakoming zou kunnen realiseren. De verjaringsregeling beoogt te voorkomen dat na het verstrijken van de verjaringstermijn nog nakoming kan worden verkregen, zodat het gewenst is dat niet alleen het recht om nakoming te vorderen verloren gaat, maar eveneens voorkomen wordt dat via een alternatieve route, namelijk executie van het zekerheidsobject, alsnog nakoming wordt verkregen.¹²⁵

121 Vgl. Van Look & Stoltenberg 1990, p. 663.

122 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 389.

123 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 940.

124 Zie over deze en andere motieven die aan de regeling van de bevrijdende verjaring ten grondslag liggen uitgebreid Smeehuijzen 2008, p. 25 e.v. en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 381 e.v.

125 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 939-940.

Voor het eigendomsvoorbehoud overtuigt deze redenering niet.¹²⁶ De verkoper die overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, dwingt geen nakoming van de verschuldigde tegenprestatie af, maar neemt het object van zijn eigen prestatieplicht terug. De uitoefening van het eigendomsvoorbehoud leidt derhalve niet tot het realiseren van nakoming, maar tot het herstellen van de toestand van voor het sluiten van de koopovereenkomst. Terwijl de executie van het zekerheidsrecht ten gevolge heeft dat de gesecureerde vordering door voldoening tenietgaat, leidt de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud er juist toe dat de koper wordt bevrijd van zijn verplichtingen. Anders dan bij de executie van een zekerheidsrecht, wordt de koper door uitoefening van het eigendomsvoorbehoud niet in zijn vermogenspositie getroffen, omdat de verkochte zaak nooit onderdeel heeft uitgemaakt van zijn vermogen. Uitoefening van het eigendomsvoorbehoud heeft aldus geen gevolgen voor het vermogen van de koper.¹²⁷ Ook op dit punt verhindert de functie van het eigendomsvoorbehoud derhalve een vergelijking met klassieke zekerheidsrechten.

Zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet, moet het bedingen van een eigendomsvoorbehoud veeleer worden begrepen als het geldend maken van een opschortingsrecht ten aanzien van de verplichting tot eigendomsoverdracht, doordat de verkoper de nakoming van deze verplichting opschort totdat de koper zijnerzijds presteert (art. 6:262 BW jo. art. 7:26 lid 2 BW).¹²⁸ Het zou dan ook meer in overeenstemming zijn met de functie van het eigendomsvoorbehoud om voor de gevolgen van verjaring aansluiting te zoeken bij de regels voor opschortingsrechten. Artikel 6:56 BW bepaalt dat de bevoegdheid tot opschorting in stand blijft na verjaring van de rechtsoverdracht op de wederpartij. Aan die bepaling ligt ten grondslag dat degene die zich op een opschortingsrecht kan beroepen, geneigd zal zijn daarin voldoende zekerheid te zien, zodat hij minder aanleiding heeft om de wederpartij tot nakoming aan te spreken.¹²⁹ Hetzelfde

126 Anders: Schoordijk 1986, p. 310, die het zekerheidskarakter van het eigendomsvoorbehoud vergelijkbaar acht met een vuistloos pandrecht.

127 Vgl. in dat verband Valk 1993, p. 73 en Smeehuijzen 2008, p. 29-32 die opmerken dat de verjaringsregeling er ook toe strekt om bescherming te bieden tegen gegronde, maar niet meer te verwachten vorderingen, zodat de schuldenaar zijn vermogenspositie beter kan inschatten. Voor de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud geldt dit niet, omdat de verkochte zaak niet tot het vermogen van de koper behoort. Weliswaar heeft de koper een voorwaardelijk eigendomsrecht, maar vanwege het voorwaardelijk karakter van dit recht en de lotsverbondenheid van dit eigendomsrecht met de (nakoming van de) koopovereenkomst kan de koper dit recht pas daadwerkelijk verzilveren door de voorwaarde in vervulling te laten gaan, hetgeen hij – ook na verjaring – zelf in de hand heeft. Denkbaar is wel dat de koper de zaak op een zeker moment als de zijne gaat beschouwen. Ook dat is echter geen argument om de eigendom over te laten gaan op de koper, omdat aan dat belang door middel van de regeling van de *verkrijgende* verjaring tegemoet wordt gekomen, terwijl de wet geen verkrijgende verjaring ten gunste van de houder te kwader trouw kent. Bovendien is dit belang van de koper nauwelijks beschermenswaardig te achten, nu hij deze situatie zelf heeft teweeggebracht door de verschuldigde tegenprestatie niet te voldoen. Vgl. Smeehuijzen 2008, p. 31-32. De omstandigheid dat het recht zich op den duur bij de feiten moet aansluiten (zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 416-417), is in dit verband evenmin doorslaggevend, aangezien de wet bij kwade trouw aan dat belang slechts tegemoetkomt nadat een termijn van twintig jaren is verstreken. Zie ook hierna in voetnoot 144.

128 Zie uitgebreid hoofdstuk 2, paragraaf 2.5. Dit wordt miskend door Wacke 2009, p. 91-92, volgens wie de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud na verjaring indruist tegen de ratio van de verjaringsregeling, omdat zij leidt tot een tardieve aantasting van de vermogenspositie van de koper (zie ook hiervoor in voetnoot 127). Zie over eventuele bewijsproblemen het slot van deze paragraaf.

129 Eindverslag I., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 217. alwaar de suggestie wordt gewekt dat dit alleen zou gelden voor prestaties die de schuldenaar ‘onder zich kan houden.’ In die zin ook Wacke 2009. De regel is echter geenszins tot dergelijke gevallen beperkt, terwijl ook niet goed valt in te zien waarom dezelfde rationale niet evenzeer geldt voor niet-feitelijke prestaties.

geldt voor het eigendomsvoorbehoud. De verkoper die de eigendom voorbehoudt, is zich bewust van het feit dat hij zijn eigendomsrecht pas verliest op het moment dat de koper de verschuldigde tegenprestatie voldoet. Voor hem bestaat er dan ook minder aanleiding om de koper tot betaling aan te spreken. Integendeel, bij het eigendomsvoorbehoud ligt het initiatief in de eerste plaats bij de koper. Hij kan eigenhandig door voldoening van de verschuldigde tegenprestatie en de daarmee gepaard gaande vervulling van de voorwaarde bewerkstelligen dat hij eigenaar wordt.

Eveneens overtuigend is het argument in de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:56 BW dat het merkwaardig zou zijn als de wederpartij die evenzeer heeft stilgezeten gedurende de verjaringstermijn, haar vordering na verjaring ongehinderd zou kunnen innen, omdat het opschortingsrecht verloren zou zijn gegaan.¹³⁰ Voor het eigendomsvoorbehoud is dit echter wel een consequentie van de regel van artikel 3:92 lid 3 BW. Doordat lid 3 de verjaring gelijkstelt met vervulling van de voorwaarde, treedt dit rechtsgevolg bovendien van rechtswege in. De redenen die ten grondslag liggen aan de regeling van de bevrijdende verjaring bieden hiervoor geen rechtvaardiging. Zij rechtvaardigen slechts dat de vordering op de koper niet meer afdwingbaar is, maar kunnen niet rechtvaardigen dat de koper de daartegenover staande prestatie verkrijgt. Per saldo bewerkstelligt artikel 3:92 lid 3 BW een verkorting van de revindicatievordering van de verkoper tot vijf jaren.

Hoe zou het wenselijke recht op dit punt moeten luiden? Bij gebreke van de verjaringsregel uit lid 3 van artikel 3:92 BW zou de verjaring van de rechtsvordering ter zake van de tegenprestatie de status quo gehandhaafd laten: de verkoper zou eigenaar onder ontbindende voorwaarde blijven en de koper zou uit de koopovereenkomst nog altijd een gebruiksrecht ten aanzien van de zaak afleiden. Aangezien de verjaring slechts zwakke werking heeft, zou een natuurlijke verbintenis resteren. Door voldoening van de tegenprestatie zou de koper alsnog kunnen bewerkstelligen dat hij eigenaar wordt. Indien de koper daartoe niet bereid zou zijn, zou een schemertoestand ontstaan: de verkoper zou de zaak niet kunnen opvorderen, omdat de koper de zaak niet zonder recht houdt, terwijl tegelijkertijd vaststaat dat de koper nooit eigenaar zal worden.

Dat een zodanige schemertoestand onbevredigend is, is echter evenmin een argument voor de regel van artikel 3:92 lid 3 BW, omdat dat resultaat – gelet op het voorgaande – nog minder bevredigt. Teneinde de impasse te doorbreken, zou het veeleer aanbeveling verdienen de verkoper de mogelijkheid te verlenen om ook na verjaring over te gaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, omdat de verkoper daarmee slechts de nog altijd aan hem toebehorende zaak zou terugontvangen. Aldus zou in overeenstemming met de verjaringsregeling gehandhaafd blijven dat de koper de verschuldigde tegenprestatie niet meer hoeft te voldoen, maar wordt tegelijkertijd voorkomen dat de verkoper hierdoor zijn eigendom zou verliezen.

Verstijlen meent daarentegen dat de regel van artikel 3:92 lid 3 BW begrijpelijk is, omdat de omstandigheid dat de koper alsnog de verschuldigde

130 Eindverslag I., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 217.

tegenprestatie zou moeten voldoen om eigenaar te worden tot gevolg zou hebben dat aan de verjaring in belangrijke mate het effect zou worden onthouden.¹³¹ Dit argument overtuigt evenmin. De bevrijdende verjaring strekt er slechts toe te bewerkstelligen dat de schuldeiser de prestatie van de schuldenaar niet meer kan afdwingen. Zij beoogt geenszins te bewerkstelligen dat de schuldenaar daarmee ook de prestatie van de wederpartij verkrijgt. Dat de koper alsnog zou moeten betalen om de eigendom te verkrijgen is weliswaar juist, maar dat is simpelweg een gevolg van het feit dat de verkoper en de koper de wederzijdse prestatieplichten door middel van de voorwaarde van elkaar afhankelijk hebben gesteld.¹³² Met de verjaringsregeling staat dit resultaat derhalve niet op gespannen voet.

Gelet op het voorgaande zou het wenselijk zijn dat de verkoper de verkochte zaak nog zou kunnen terugvorderen na het verstrijken van de verjaringstermijn. Een hindernis voor een zodanige oplossing wordt echter gevormd door de omstandigheid dat de koper zich tegen de opvordering van de zaak zou kunnen verweren met een beroep op het gebruiksrecht dat hij ontleent aan de koopovereenkomst, terwijl de verkoper dit recht niet meer uit de weg kan ruimen door ontbinding van de koopovereenkomst. Het Duitse en Oostenrijkse recht kunnen op dit punt inspiratie bieden. Reeds in 1961 oordeelde het BGH dat de verjaring van de kooprijksvordering niet aan uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in de weg staat.¹³³ Hij baseerde dat op een analoge toepassing van § 223 BGB (oud). Die paragraaf bepaalde enerzijds dat de verjaring van de gecureerde vordering niet belet dat de pandhouder of hypotheekhouder zich verhaalt op het zekerheidsobject en anderzijds dat wanneer een recht tot zekerheid is overgedragen, geen retro-overdracht kan worden gevorderd op grond van het feit dat de gecureerde vordering is verjaard. Uit die regeling werd bovendien afgeleid dat de zekerheidseigenaar bij een zekerheidsoverdracht door middel van een *Besitzkonstitut* (levering c.p.) ook na verjaring van de vordering de tot zekerheid overgedragen zaak van de zekerheidsgever kon opvorderen. Volgens het BGH is de overeenkomstige toepassing van deze regel op het eigendomsvoorbehoud gerechtvaardigd, omdat het eigendomsvoorbehoud een met deze figuren vergelijkbare zekerheidsfunctie heeft. Bovendien zou het volgens het BGH ‘wenig sinnvoll’ zijn als eigendom en feitelijke macht ‘für die Dauer’ gescheiden zouden zijn.

Hoewel ik de uitkomst van de uitspraak onderschrijf, is de motivering van het BGH tegen te spreken. Zoals hiervoor aan de orde kwam, heeft het eigendomsvoorbehoud een geheel andere zekerheidsfunctie dan de figuren die in § 223 BGB (oud) waren geregeld.¹³⁴ Overtuigender is het argument dat het ongewenst zou zijn dat eigendom en feitelijke macht langdurig gescheiden zouden zijn, hetgeen rechtvaardigt dat de verkoper kan overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud als de koper ook na verjaring de verschuldigde tegenprestatie niet wenst te voldoen.

131 Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 50.

132 Vgl. Müller 1970, p. 1212.

133 BGH 24 januari 1961, *NJW* 1961, 1011.

134 Lange 1963, p. 62, Müller 1970, p. 1210-1211, Lange 1971, p. 514, Peters 1980, p. 179, Tiedtke 1980, p. 1478-1480, Honsell 1981, p. 710 en Van Look & Stoltenberg 1990, p. 664-665.

In de uitspraak van het BGH blijft onbesproken wat het lot van de koopovereenkomst is na terugname van de zaak. Aangezien de rechtsvordering tot nakoming is verjaard, kan de verkoper niet meer overgaan tot ontbinding, omdat daarvoor naar Duits recht is vereist dat de koper in verzuim is, terwijl daarvan geen sprake meer kan zijn door de werking van de verjaring (§ 218 BGB). Omdat de koper op grond van de koopovereenkomst gerechtigd is tot het gebruik van de zaak en de verkoper dit recht niet door ontbinding kan beëindigen, laat zich moeilijk verklaren op welke wijze de verkoper de zaak desondanks zou kunnen opvorderen.¹³⁵ Naar aanleiding van de uitspraak nam een deel van de literatuur aan dat de verkoper de zaak simpelweg zou kunnen opvorderen en verkopen, om vervolgens de opbrengst in mindering te brengen op de koopprijsvordering.¹³⁶ Zoals in paragraaf 5.6 is betoogd, verdraagt deze benadering zich echter niet met de inbedding van het eigendomsvoorbehoud in de koopovereenkomst.

Overtuigender is de benadering van het Oostenrijkse recht, dat aanknoopt bij de ontbindingsregeling. In 1935 oordeelde het OGH dat de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming niet leidt tot eigendomsverkrijging door de koper, omdat de verjaring niet de vervulling van de voorwaarde kan worden gelijkgesteld.¹³⁷ Het zou volgens het OGH bovendien indruisen tegen de functie van het eigendomsvoorbehoud als de verkoper niet alleen het recht zou verliezen om nakoming te vorderen, maar tevens de eigendom van de verkochte zaak zou kwijtraken. Met de constatering dat de verjaring niet leidt tot eigendomsverkrijging is evenwel nog niet de vraag beantwoord of de verkoper de zaak ook kan opvorderen, omdat daarvoor ook naar Oostenrijks recht ontbinding van de koopovereenkomst is vereist. Een aantal auteurs lijkt de schemertoestand die ontstaat als de verkoper de zaak niet kan opvorderen niet problematisch te achten. Zo merkt Bydlinski op dat niet goed zou zijn te verklaren waarom de verjaring een voordeel zou moeten opleveren voor degene tegen wie de verjaring werkt. Daarvan zou volgens hem sprake zijn indien de verkoper de zaak na verjaring nog zou kunnen opvorderen, omdat hij dit voor de verjaring slechts zou kunnen als hij ook de koopovereenkomst ontbindt. Bovendien heeft de verkoper volgens hem nog wel iets aan zijn eigendomsrecht, omdat daarvan nog een zekere, zij het zwakke druk uitgaat om alsnog de koopprijs te betalen, omdat de koper dan pas eigenaar wordt.¹³⁸ Daarbij gaat Bydlinski er evenwel aan voorbij dat de mogelijkheid van opvordering van de zaak na verjaring geen voordeel oplevert voor de verkoper,

135 Vgl. Staudinger/Peters 1995, § 223 BGB, Rn. 10 en M. Habersack & J. Schürnbrand, 'Der Eigentumsvorbehalt nach der Schuldrechtsreform', *JuS* 2002, p. 837. De uitspraak staat dan ook op gespannen voet met BGH 1 juli 1970, *NJW* 1970, 1733, waarin werd aangenomen dat het eigendomsvoorbehoud enkel kan worden uitgeoefend na, althans met gelijktijdige ontbinding van de koopovereenkomst. Desalniettemin is de uitspraak uit 1961 later bevestigd in BGH 7 december 1977, *NJW* 1978, 417.

136 A. Blomeyer, 'Anspruchsverjährung und dingliche Sicherheiten', *JZ* 1959, p. 16 (die evenwel in § 223 BGB ook een ontbindingsbevoegdheid lijkt te lezen), Serick 1963, p. 439-441, Stoll 1966, p. 244-246, Dilcher 1979, p. 333-335, Bodenburg 1979, p. 1207 en Schwab 2000, p. 610-612.

137 OGH 10 september 1935, zaaknr. 3Ob552/35, *JBl.* 1935, 494 m.nt. H. Klang.

138 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 622-623. Zo ook F. Prunbauer, 'Probleme des Eigentumsvorbehaltes nach verjährter Kaufpreisforderung', *JBl.* 1981, p. 121-125 en in die richting eveneens OGH 11 oktober 1989, zaaknr. 1Ob623/89, zij het in een overweging ten overvloede.

maar slechts zijn positie handhaaft van voor de verjaring.¹³⁹ Voor verjaring kon hij de zaak opvorderen en niet goed valt in te zien waarom deze bevoegdheid hem ontnomen zou moeten worden op grond van het feit dat hij de tegenprestatie niet meer kan afdwingen en daardoor de koopovereenkomst niet meer kan ontbinden.

Terecht bepleit een ander deel van de literatuur dan ook dat de verkoper in weerwil van de verjaring de zaak kan opvorderen door de koopovereenkomst alsnog te ontbinden.¹⁴⁰ Een zodanige bevoegdheid wordt, door middel van een aanvullende uitleg van de partijafspraken afgeleid uit het eigendomsvoorbehoud.¹⁴¹ De afwikkeling van de koopovereenkomst via de ontbindingsregels is ook noodzakelijk, omdat pas door de ontbinding wordt bewerkstelligd dat de koper zijn gebruiksrecht verliest en de verkoper weer vrijelijk over de zaak kan beschikken. Dit moet ook de Duitse wetgever bij de modernisering van het verbintenissenrecht in 2002 hebben onderkend. In overeenstemming met de rechtspraak van het BGH is toen wettelijk vastgelegd dat de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud ook na verjaring nog kan uitoefenen. Een welkome toevoeging is echter dat de wetgever in § 216 BGB (het nieuwe § 223 BGB) uitdrukkelijk heeft bepaald dat de verkoper dit kan bewerkstelligen door de koopovereenkomst te ontbinden, waartoe hij in afwijking van § 218 BGB ook nog in staat is na verjaring van de rechtsovereenkomst tot nakoming.¹⁴² Daarmee heeft de Duitse wetgever beseft dat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud niet los kan worden gezien van de ontbinding van de koopovereenkomst. Deze oplossing neemt bovendien de inconsequentie weg die besloten lag in de rechtspraak, waarin enerzijds werd aangenomen dat het eigendomsvoorbehoud pas na ontbinding kon worden uitgeoefend, maar anderzijds ook werd aanvaard dat de verkoper het eigendomsvoorbehoud na verjaring nog kon uitoefenen, ondanks het feit dat de ontbinding in een zodanig geval niet meer mogelijk was.¹⁴³ § 216 BGB sluit zodoende aan bij de codificatie van de rechtspraak in § 449 (2) BGB, op grond waarvan voor uitoefening van het eigendomsvoorbehoud ontbinding is vereist. Het Nederlandse recht zou er goed aan doen een vergelijkbare regel te formuleren, door artikel 3:92 lid 3 BW te schrappen en in plaats daarvan te bepalen dat de verkoper de koopovereenkomst ook nog kan ontbinden nadat de rechtsovereenkomst tot nakoming is verjaard.¹⁴⁴

139 Dat de verkoper de zaak voor verjaring slechts kon terugnemen tegen gelijktijdige ontbinding van de koopovereenkomst, doet niet ter zake, omdat juist de vraag aan de orde is of de verkoper na verjaring nog zou moeten kunnen ontbinden. Vgl. Chr. Huber, 'Probleme der Verjährung und des Einlösungsrecht bei Faustpfandbestellung durch einen Dritten', *ÖJZ* 1986, p. 196. Kennelijk anders Wacke 2009, p. 92 die in weerwil van § 216 Abs. 2 BGB aanneemt dat de verkoper na verjaring niet kan ontbinden.

140 Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 88, Rummel/Bydlinksi 2002, § 1499 ABGB, Rn. 2, Klang/Vollmaier 2012, § 1451 ABGB, Rn. 15-16, Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 92, KBB/Apathy & Perner 2017, § 1063 ABGB, Rn. 12 en KBB/Dehn 2017, § 1498 ABGB, Rn. 2.

141 Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 88, Klang/Vollmaier 2012, § 1451 ABGB, Rn. 15, Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 92 en KBB/Dehn 2017, § 1498 ABGB, Rn. 2.

142 Zo reeds Bauknecht, 'Kann der Vorbehaltskäufer nach Verjährung des Kaufpreisanspruchs die Herausgabe der Sache verweigern', *MDR* 1956, p. 722.

143 Zie hiervoor in voetnoot 135.

144 Het is voorstelbaar deze ontbindingsmogelijkheid te laten eindigen op het moment dat de rechtsovereenkomst tot beëindiging van een onrechtmatige toestand ex art. 3:314 lid 1 BW verjaart, waaraan vervolgens de eigendomsverkrijging van de koper kan worden gekoppeld. De koper verwerft de eigendom dan twintig jaar na de dag, volgende op die waarop de onmiddellijke opheffing van die toestand had kunnen worden gevorderd, d.w.z.: het moment dat de koper in verzuim is geraakt met de betaling en de verkoper de koopovereenkomst had kunnen ontbinden. Vgl. M.v.A. Il., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 930.

Een aandachtspunt zou daarbij moeten zijn dat voorkomen wordt dat een zodanige regel indirect de doelstellingen van de verjaringsregels alsnog ondergraaft. Zoals hiervoor aan de orde kwam, beoogt de verjaringsregeling ondermeer te voorkomen dat de schuldenaar zich tegen een vordering moet verweren, terwijl zijn bewijspositie door het tijdsverloop is aangetast. Denkbaar is dat de koper in bewijsmoeilijkheden verkeert als de verkoper (ruim) na het verstrijken van de verjaringstermijn overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Weliswaar is het aan de verkoper om te bewijzen dat het eigendomsvoorbehoud is overeengekomen, maar op de koper rust vervolgens de bewijslast om aan te tonen dat de voorwaarde reeds door betaling in vervulling is gegaan. Toch behoeven deze mogelijke bewijsmoeilijkheden geen bezwaar te zijn tegen de hier voorgestelde regeling. In de eerste plaats dient bedacht te worden dat een schuldenaar ook bij een opschortingsrecht na de verjaringstermijn genoodzaakt kan zijn om zich te verweren tegen vorderingen (art. 6:56 BW).¹⁴⁵ Ten tweede is de rechtvaardiging voor de verjaring gelegen in de bescherming van de schuldenaar tegen een talmende schuldeiser, wiens rechtsverlies wordt gerechtvaardigd wordt door het feit dat hij heeft stilgezeten, terwijl hij het initiatief had moeten nemen en de schuldenaar dit initiatief zelf niet had kunnen nemen.¹⁴⁶ Voor het eigendomsvoorbehoud geldt dit in mindere mate, omdat de koper door voldoening van de verschuldigde tegenprestatie zelf kan bewerkstelligen dat de voorwaarde in vervulling gaat. Tot slot is het voorstelbaar om in schrijnende gevallen bij de bewijslastverdeling rekening te houden met de omstandigheid dat de verkoper op een zeer laat moment overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, in die zin dat de verkoper ook zal moeten bewijzen dat de eigendom nog niet door betaling is overgegaan.¹⁴⁷ Terecht merkt Spiro echter op dat bescherming tegen bewijsnood in een dergelijk geval niet erg aangewezen is, omdat de koper de bewijsmoeilijkheden zelf eenvoudig had kunnen voorkomen.¹⁴⁸

Dat deze handhaving van de opgeschorte werking van de eigendomsoverdracht ook een zekere druk uitoefent op de koper om alsnog de koopprijs te voldoen, staat met het voorgaande niet op gespannen voet.¹⁴⁹ Partijen zijn immers zelf overeengekomen dat de koper pas eigenaar zal worden indien en zodra hij de koopprijs voldoet. Indien de koper dat niet wenst te doen, is het gerechtvaardigd dat de verkoper door ontbinding van de koopovereenkomst de zaak weer kan opvorderen, teneinde het langdurig uiteenvallen van feitelijke macht en eigendom te voorkomen. Bij de afwikkeling van de koopovereenkomst zou vervolgens rekening moeten worden gehouden met de strekking van de

¹⁴⁵ Vgl. Lange 1963, p. 62.

¹⁴⁶ Smeehuijzen 2008, p. 29-30.

¹⁴⁷ Zo bijv. BGH 24 januari 1961, *NJW* 1961, 1011, Peters 1980, p. 181 en Klang/Vollmaier 2012, § 1451 ABGB, Rn. 15.

¹⁴⁸ Spiro 1975, p. 513: 'Die Gegenpartei vor Einreden zu schützen, deren Ungrund sie nicht mehr beweisen kann, besteht kein oder doch kein vergleichbares Bedürfnis, weil es anders als sonst an ihr liegt, durch Klage [althans door betaling en het daaruit voortvloeiende automatisme van eigendomsovergang; toevoeging EFV] die Entscheidung herbeizuführen.' Te eenzijdig is dan ook de argumentatie van Wacke 2009, p. 91-92.

¹⁴⁹ Zie treffend Spiro 1975, p. 512: 'Dass die Einrede (...) auch der Durchsetzung der noch erwarteten Erfüllung dienen kann, ändert daran nichts, weil die Rechtsordnung ihr weder diese Aufgabe noch diesen Inhalt verliehen hat, diese Wirkung nur möglich und zufällig ist. Ihrem Wesen nach verteidigt die Einrede stets nur einen bereits gegebenen Zustand, der durch sie rechtmässig ist.'

verjaringsregeling en dus voorkomen moeten worden dat de verkoper verdergaande aanspraken ten aanzien van het vermogen van de koper geldend maakt. De ontbinding van de koopovereenkomst moet derhalve slechts kunnen teweegbrengen dat de verkoper de verkochte zaak terugkrijgt. Eventuele reeds aanbetaalde termijnen zal de verkoper dienen te restitueren, zij het dat hij deze schuld kan verrekenen met een eventuele schadevergoedingsvordering. Het daarnaast geldend maken van een schadevergoedingsvordering moet de verkoper in dat verband echter worden ontzegd, omdat dit zou indruisen tegen de motieven die aan de verjaringsregeling ten grondslag liggen.¹⁵⁰

5.10 Conclusie

In dit hoofdstuk is de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud besproken. In het bijzonder is daarbij de verhouding van het eigendomsvoorbehoud onderzocht tot de koopovereenkomst, waarin het beding is opgenomen. Daarbij is duidelijk geworden dat het eigendomsvoorbehoud niet los kan worden gezien van deze koopovereenkomst en van het feit dat de beide uit die overeenkomst voortvloeiende prestatieplichten tegenover elkaar staan.

In dat verband zijn de gevolgen beschreven van het feit dat het eigendomsvoorbehoud neerkomt op het partieel geldend maken van een opschortingsrecht: de verkoper verplicht zich ten aanzien van de verplichting tot (af-) levering tot *Vorleistung*, terwijl hij de nakoming van zijn verplichting tot eigendomsverschaffing opschort totdat de koper de verschuldigde tegenprestatie voldoet. Uit het feit dat de verkoper zich heeft verplicht om terstond zijn (af-) leveringsverplichting na te komen, is de verschuldigdheid van de nakoming van die verplichting niet afhankelijk van de vraag of de koper zijnerzijds ook nakomt. Dit heeft tot gevolg dat de verkoper in beginsel niet de bevoegdheid heeft om over te gaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, alvorens hij de koopovereenkomst ontbindt. Niet alleen zou dat indruisen tegen de strekking van het eigendomsvoorbehoud, ook zou dit in strijd komen met het feit dat de verkoper juist de verplichting op zich heeft genomen om ten aanzien van de (af-) leveringsverplichting als eerste te presteren.

Ook in andere opzichten is ontbinding van de koopovereenkomst vereist bij een (definitieve) uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Aangezien de verkoper op grond van de koopovereenkomst de verplichting tot eigendomsverschaffing op zich heeft genomen, kan hij zich slechts door ontbinding bevrijden van deze verplichting. Daarmee brengt hij ook het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper ten val. Pas daarna kan hij weer vrijelijk over de zaak beschikken. Om deze redenen is in dit hoofdstuk ook geconcludeerd dat het niet mogelijk is om het eigendomsvoorbehoud uit te oefenen door middel van executie van de verkochte zaak. Uit de alternativiteit van het eigendomsvoorbehoud volgt dat nakoming en uitoefening van het eigendomsvoorbehoud elkaar wederzijds uitsluiten.

¹⁵⁰ Tiedtke 1980, p. 1480-1481. Vgl. ook Spiro 1975, p. 513.

Na uitoefening van het eigendomsvoorbehoud dient de koopovereenkomst dan ook afgewikkeld te worden overeenkomstig de ontbindingsregels. De koper dient de zaak terug te geven aan de verkoper – hetgeen de verkoper met zijn revindicatievordering (art. 5:2 BW) kan afdwingen – en de verkoper dient het eventueel reeds betaalde gedeelte van de koopprijs te restitueren. Aangezien de verkoper altijd eigenaar is gebleven, komt een eventuele waardestijging van de zaak toe aan de verkoper.

Tot slot is stilgestaan bij de gevolgen van verjaring van de rechtsvordering ter zake van de tegenprestatie. Aan die verjaring heeft de wetgever het opmerkelijke rechtsgevolg verbonden dat de koper eigenaar wordt van de zaak. Dat is niet alleen in rechtsvergelijkend opzicht een vreemde regel, het strookt ook niet met de functie van het eigendomsvoorbehoud als opschortingsrecht.

6 | Verbreed eigendomsvoorbehoud

6.1 Inleiding

Op grond van lid 2 van artikel 3:92 BW kan het eigendomsvoorbehoud ook worden bedongen voor andere vorderingen dan de door de koper verschuldigde tegenprestatie (de koopprijs). Een dergelijk eigendomsvoorbehoud wordt in dit proefschrift omschreven als een verbreed eigendomsvoorbehoud, omdat het beding in horizontale richting wordt uitgebreid. Op zichzelf onderscheidt het verbreed eigendomsvoorbehoud zich niet wezenlijk van een gewoon (‘eenvoudig’) eigendomsvoorbehoud: er is sprake van een overdracht onder opschortende voorwaarde, zij het dat de voorwaarde wordt gevormd door de voldoening van ook andere prestaties. Daardoor kan de verkoper ook overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van deze andere prestatie(s). Hetgeen in dit proefschrift in het algemeen over het eigendomsvoorbehoud wordt opgemerkt, geldt daarmee in beginsel eveneens voor het verbreed eigendomsvoorbehoud.

Toch geeft de verbreding van het eigendomsvoorbehoud aanleiding tot bespreking van een aantal afzonderlijke vragen. In de eerste plaats rijst de vraag of de verkoper de eigendomsovergang ook afhankelijk kan maken van de voldoening van alle bestaande en toekomstige vorderingen die uit de rechtsverhouding tussen verkoper en koper zullen voortvloeien (zgn. kredieteigendomsvoorbehoud). Op de toelaatbaarheid van dit kredieteigendomsvoorbehoud, de mogelijke omvang en het einde van een dergelijk eigendomsvoorbehoud wordt ingegaan in paragraaf 6.3. In paragraaf 6.4 wordt vervolgens onderzocht in hoeverre partijen het eigendomsvoorbehoud verder kunnen verbreden door middel van een imputatiebeding. Daarnaast hangt een aantal bijzondere vragen ten aanzien van het verbreed eigendomsvoorbehoud samen met de bijzonderheid dat het verbreed eigendomsvoorbehoud een wederkerigheidsband in het leven roept tussen prestaties, die gewoonlijk niet tegenover elkaar staan.¹ Het gaat daarbij om de vraag hoe de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud voor andere vorderingen dan de koopprijs zich verhoudt tot de (ontbinding van de) koopovereenkomst (paragraaf 6.5) en in

¹ Zie daarover reeds hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.

hoeverre bij de vraag of de verkoper overwaarde dient af te dragen aan de koper rekening kan en moet worden gehouden met de omstandigheid dat de koopprijs reeds volledig is voldaan (6.6). Voorafgaand daaraan wordt in paragraaf 6.2 stilgestaan bij de afbakening van het verbreed eigendomsvoorbehoud ten opzichte van het eenvoudig eigendomsvoorbehoud.

6.2 Afbakening ten opzichte van het eenvoudig eigendomsvoorbehoud

Strikt genomen is van een verbreed eigendomsvoorbehoud sprake, zodra de eigendomsovergang afhankelijk wordt gemaakt van de voldoening van andere vorderingen dan de directe tegenprestatie. Een dergelijke verbreding is op grond van artikel 3:92 lid 2 BW slechts in beperkte mate toegestaan, namelijk ter zake van vorderingen betreffende de tegenprestatie voor door de vervreemder aan de verkrijger krachtens overeenkomst geleverde of te leveren zaken of krachtens een zodanige overeenkomst tevens ten behoeve van de verkrijger verrichte of te verrichten werkzaamheden, alsmede ter zake van de vorderingen wegens tekortschieten in de nakoming van zodanige overeenkomsten. Toch is soms slechts ogenschijnlijk sprake van een verbreed eigendomsvoorbehoud, omdat in werkelijkheid een eenvoudig eigendomsvoorbehoud is bedongen.

In de eerste plaats geldt namelijk dat het begrip ‘tegenprestatie’ niet al te strikt moet worden geïnterpreteerd. Het gaat daarbij niet alleen om de koopprijs, maar ook om daaraan verwante en soms inbegrepen kosten, zoals kosten van levering, verschuldigde belastingen en de schadevergoedingsvordering wegens te late betaling.² Vergelijkbaars geldt voor installatie- of montagekosten, die strikt genomen leiden tot een verbreding van het eigendomsvoorbehoud, maar soms als bij de koopprijs inbegrepen beschouwd kunnen worden.³ Dat geldt niet voor werkzaamheden waarbij geen temporele samenhang bestaat met de aanschaf van de zaak, zoals onderhoudswerkzaamheden. Dergelijke werkzaamheden kunnen niet als bij de koopprijs inbegrepen worden beschouwd en daarop betrekking hebbende vorderingen zijn afzonderlijke vorderingen, zodat in een dergelijk geval wel sprake is van een verbreed eigendomsvoorbehoud.⁴

Daarnaast geldt dat het onderscheid tussen een eenvoudig en verbreed eigendomsvoorbehoud dikwijls zal afhangen van de uitleg van de koopovereenkomst, zoals in het geval dat een koper een wasmachine en een koelkast gelijktijdig aanschafte. Uitleg zal dan moeten uitwijzen of partijen beoogd hebben dat de koper van beide zaken pas eigenaar wordt als de koopprijs voor beide

2 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388. Zie ook Serick 1976, p. 56-57, BGB-RGRK/Mezger 1978, § 455 BGB, Rn. 16, Braun 1980, p. 43 en Soergel/Henssler 2002, Anh. zu § 929 BGB, Rn. 99. Vgl. *UCC Official Comment*, § 9-103, nr. 3: ‘[T]he definition of “purchase-money obligation,” the “price” of collateral or the “value given to enable” includes obligations for expenses incurred in connection with acquiring rights in the collateral, sales taxes, duties, finance charges, interest, freight charges, costs of storage in transit, demurrage, administrative charges, expenses of collection and enforcement, attorney’s fees, and other similar obligations.’ Zie over problemen die vóór de herziening van de UCC in 2000, waarbij deze toelichting is geïntroduceerd, waren gerezen G.T. McLaughlin, ‘“Add On” Clauses In Equipment Purchase Money Financing: Too Much Of A Good Thing’, *Fordham Law Review* 1981, p. 661-706.

3 Rühl 1930, p. 79, voetnoot 4 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 26. In die richting ook OGH 20 februari 1980, zaaknr. 6Ob760/79. Vgl. ook Braun 1980, p. 43-44.

4 Vgl. Braun 1980, p. 44.

zaken is betaald, of dat de eigendom uitsluitend wordt voorbehouden voor de voldoening van de koopprijs van de desbetreffende zaak.⁵ In het laatste geval is sprake van een eenvoudig eigendomsvoorbehoud, terwijl in het eerste geval sprake is van een verbreding van het eigendomsvoorbehoud.

Soms is op het eerste gezicht sprake van een verbreed eigendomsvoorbehoud, maar blijkt het bij nadere beschouwing te gaan om een eenvoudig eigendomsvoorbehoud. Kenmerkend aan het verbreed eigendomsvoorbehoud is namelijk dat partijen een wederkerigheidsband in het leven roepen ten aanzien van prestaties die gewoonlijk niet tegenover elkaar staan. De verplichting tot voldoening van een vordering uit de ene overeenkomst staat gewoonlijk niet tegenover de verplichting tot eigendomsverschaffing uit een andere overeenkomst. Soms is door partijen echter geen ruimere wederkerigheidsband gecreëerd teneinde te bewerkstelligen dat de verkoper zijn verplichtingen ook kan opschorten totdat de koper andere vorderingen voldoet, maar hebben partijen daadwerkelijk voor ogen dat een wederkerigheidsrelatie ontstaat tussen bepaalde prestatieplichten. In een zodanig geval is sprake van een eenvoudig eigendomsvoorbehoud.

Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Indien een verkoper twee paarden ruilt tegen twee koeien en daarbij een eigendomsvoorbehoud bedingt, kan het problematisch zijn als het eigendomsvoorbehoud de strekking zou hebben dat de verkoper slechts één paard zou kunnen terugvorderen, indien de koper hem slechts één koe levert. Het kan ongewenst zijn dat de verkoper dan opgescheept zit met een paard en een koe, bijvoorbeeld in het geval dat hij zijn paardenfokkerij heeft opgegeven om een koeienfokkerij te beginnen.⁶ De overeenkomst heeft in een dergelijk geval een alles-of-niets-karakter.⁷ Vergelijkbaars kan zich voordoen bij de koop van twee zaken, die slechts gezamenlijk nuttig kunnen worden gebruikt. Koper noch verkoper heeft er dan belang bij dat een scheiding zou worden gerealiseerd door uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. De verplichting tot betaling van de koopprijs van beide zaken staat dan tegenover de verplichting tot eigendomsverschaffing van beide zaken. Illustratief is dat ook het Oostenrijkse recht het eigendomsvoorbehoud bij dergelijke overeenkomsten toelaatbaar acht, ondanks het feit dat het verbreed eigendomsvoorbehoud in Oostenrijk niet toelaatbaar is.⁸ Terecht merkt Bydlinski ten aanzien van die gevallen op dat sprake is van een toelaatbaar eenvoudig eigendomsvoorbehoud, omdat 'es von den Parteien durchaus ernstlich gewollt und auch sachgerecht [ist], das Synallagma zwischen der Gesamtheit der Sachen und dem Gesamtkaufpreis zu begründen'.⁹

De vergelijking met de uitoefening van het recht van reclame dringt zich bij dit soort gevallen op. In beginsel kan de verkoper slechts dat deel van het geleverde terugvorderen dat onbetaald is gebleven (art. 7:39 lid 2 BW).¹⁰ Indien het afgeleverde niet voor een zodanige verdeling vatbaar is, kan de verkoper het geheel terugvorderen tegen teruggave van het aanbetaalde (art. 7:39 lid 3 BW). Door Salomons is terecht bepleit dat men in situaties zoals hiervoor omschreven,

⁵ Zie bijv. Hof Arnhem 4 maart 2008, *JOR* 2008, 176 m.nt. A. Steneker. Vgl. voor Duitsland ook Serick 1982, p. 93-95, Soergel/Mühl 1991, § 455 BGB, Rn. 26 en Soergel/Henssler 2002, Anh. zu § 929 BGB, Rn. 100.

⁶ Het voorbeeld is ontleend aan Fikkers 1993, p. 309 en de aanvulling van Salomons 1993, p. 310-311.

⁷ Vgl. Fikkers 1993, p. 309-310.

⁸ Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 484, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 36 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 26-27.

⁹ Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 484.

¹⁰ Zie over de achtergrond van deze regel hiervoor in hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.1.2.

het criterium ‘voor verdeling vatbaar’ subjectief dient uit te leggen, om tot bevredigende resultaten te komen en die recht doen aan de strekking van de overeenkomst.¹¹

6.3 Kredieteigendomsvoorbehoud

Een bijzondere verschijningsvorm van het verbreed eigendomsvoorbehoud is het zogenoemde kredieteigendomsvoorbehoud. Daarvan is sprake indien het eigendomsvoorbehoud niet slechts wordt verbreed tot een aantal specifieke, bestaande vorderingen, maar de eigendomsovergang afhankelijk wordt gemaakt van de voldoening van alle toekomstige vorderingen die kunnen ontstaan in de rechtsverhouding tussen verkoper en koper, althans voor zover deze vorderingen vallen onder de opsomming van artikel 3:92 lid 2 BW. De term kredieteigendomsvoorbehoud dekt de lading van deze figuur niet volledig, omdat elk eigendomsvoorbehoud gepaard gaat met de verschaffing van krediet.¹² Men zou kunnen spreken van een ‘doorlopend eigendomsvoorbehoud’,¹³ maar vanwege het feit dat de term kredieteigendomsvoorbehoud is ingeburgerd in de literatuur, zal zij ook hier worden gehanteerd. Een bijzondere variant van het kredieteigendomsvoorbehoud is een rekening-couranteigendomsvoorbehoud, waarbij de eigendom wordt voorbehouden voor de vorderingen die worden opgenomen in een rekening, zodat tussen verkoper en koper sprake is van een rekening-courantverhouding in de zin van artikel 6:140 BW.

Het kredieteigendomsvoorbehoud roept een aantal vragen op, die hierna achtereenvolgens zullen worden behandeld. In de eerste plaats bestaat onduidelijkheid over de vraag of een kredieteigendomsvoorbehoud geldig kan worden overeengekomen. Ten tweede rijst bij toelaatbaarheid van kredieteigendomsvoorbehoud de vraag wat de omvang is van een dergelijk eigendomsvoorbehoud en hoe deze omvang moet worden bepaald. Tot slot kan men zich afvragen hoe een kredieteigendomsvoorbehoud tot een einde komt, dat wil zeggen: wanneer bij een kredieteigendomsvoorbehoud de eigendom overgaat op de koper.

6.3.1 Toelaatbaarheid

Over de toelaatbaarheid van een kredieteigendomsvoorbehoud bestaat in de literatuur enige twijfel. Het gaat daarbij in het bijzonder om de vraag of het eigendomsvoorbehoud tenietgaat – dat wil zeggen: de voorwaarde in vervulling gaat en de eigendom overgaat op de koper – indien er op enig moment geen vordering meer bestaat waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen. Een aantal auteurs acht een eigendomsvoorbehoud dat ook dan blijft bestaan niet toelaatbaar, onder meer omdat daarmee de grenzen van lid 2 van artikel 3:92 BW

11 Salomons 1993, p. 310, voetnoot 1. Ook onder het oude recht leek men in een dergelijk geval aan te nemen dat de verkoper het geheel kon reclameren, tegen teruggave van de reeds ontvangen koopsom. Zie o.m. Van Raalte 1886, p. 114, E.M. Meijers, ‘De uitbanning der kooplieden en der handelsdaden uit ons recht’, *WPNR* 1935, p. 14, H.F.A. Völlmar, *Het Nederlands handelsrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1953, p. 347, Asser/Van Oven 3-III 1978, p. 42 en Dorhout Mees 1979, p. 4.

12 Reehuis 2013, nr. 31.

13 Zo bijv. Reehuis 2013, nr. 31 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 537.

zouden worden overschreden en omdat voldoening van alle openstaande vorderingen noodzakelijkerwijs vervulling van de voorwaarde met zich zou brengen.¹⁴ Als heersende leer lijkt daarentegen de opvatting te kunnen worden beschouwd dat het eigendomsvoorbehoud ook voor toekomstige vorderingen kan worden bedongen, althans voor zover deze vorderingen vallen binnen de omschrijving van lid 2, als gevolg waarvan de verkoper ook eigenaar blijft als weliswaar alle bestaande vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen zijn voldaan, maar in de toekomst nog nieuwe vorderingen kunnen ontstaan.¹⁵

Aan het arrest *Potharst/Serrée*, dat in dit verband soms in stelling wordt gebracht, komt voor de toelaatbaarheid van het beding geen betekenis toe.¹⁶ Niet alleen speelde zaak zich af onder het oude recht, dat geen met artikel 3:92 lid 2 BW vergelijkbare bepaling kende, ook hoefde de Hoge Raad zich slechts over het kredieteigendomsvoorbehoud te buigen in het kader van een motiveringsklacht, waarmee werd opgekomen tegen het oordeel van het hof dat de omstandigheid dat de rekening-courantverhouding was geëindigd c.q. een nulstand had bereikt niet met zich bracht dat de eigendom was overgegaan op de koper. Deze klacht faalde volgens de Hoge Raad omdat hij het oordeel van het hof onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd achtte.

Bij de beantwoording van de vraag of een kredieteigendomsvoorbehoud in de hierboven beschreven zin mogelijk is, moet naar mijn mening de ratio van artikel 3:92 lid 2 BW tot uitgangspunt te worden genomen. Zoals in hoofdstuk 3 is gebleken, ligt aan de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te verbreden tot andere vorderingen dan de directe tegenprestatie ten grondslag dat bij gebreke van een zodanige mogelijkheid moeilijkheden zouden kunnen ontstaan bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud.¹⁷ De verkoper zou dan namelijk een verband moeten leggen tussen de specifieke op te eisen zaken en de onbetaald gebleven vordering. Als gevolg daarvan zouden niet alleen problemen kunnen ontstaan met betrekking tot de toerekening van betalingen op bepaalde openstaande vorderingen, maar zouden vooral bewijsproblemen kunnen ontstaan voor de verkoper die meermaals dezelfde soort zaken levert aan de koper, omdat hij bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud duidelijk zou moeten maken op welke geleverde zaken zijn vordering betrekking heeft, omdat slechts ten aanzien van die zaken nog sprake is van een eigendomsvoorbehoud, dat kan worden uitgeoefend.

Deze ratio van het voorkomen van bewijsmoeilijkheden voor de verkoper biedt een belangrijke indicatie voor de toelaatbaarheid van het kredieteigendomsvoorbehoud. Zou het namelijk niet mogelijk zijn om de eigendom van geleverde zaken voor te behouden ter zake van vorderingen betreffende de tegenprestatie van in de toekomst nog te leveren zaken, zouden dezelfde bewijsproblemen zich weer kunnen doen gelden, indien opeenvolgend soortgelijke zaken worden geleverd en in de tussentijd de tegenprestatie voor de eerdere leverantie(s) reeds is voldaan.

¹⁴ Janssen 1997, p. 479-480 en Wessels 2001, p. 146.

¹⁵ A.I.M. van Mierlo in punt 6 van diens noot onder HR 4 december 1998, *AA* 1999, p. 288-296 (*Potharst/Serrée*), Rank-Berenschot 1999, p. 7 (zij het met enige voorzichtigheid), W.M. Kleijn in punt 2 van diens noot onder HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549 (*Potharst/Serrée*), Zwitser 2000, p. 646-649, Janssen 2001, p. 269-283, Janssen 2002, p. 318-324, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 491, Reehuis 2013, nr. 31 en nr. 114, Bartels & Geurts 2016, p. 129-130 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 537.

¹⁶ HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549 m.nt. W.M. Kleijn. Zo ook Janssen 2001, p. 275 en Reehuis 2013, nr. 114.

¹⁷ Zie uitgebreid hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.1.1.

De ratio van artikel 3:92 lid 2 BW biedt derhalve steun voor de opvatting dat een kredieteigendomsvoorbehoud mogelijk is.

Bovendien wijst ook de tekst van artikel 3:92 lid 2 BW in de richting van de toelaatbaarheid van een dergelijk eigendomsvoorbehoud.¹⁸ Buiten kijf staat immers dat op grond van die bepaling een eigendomsvoorbehoud kan worden bedongen ter zake van vorderingen betreffende de tegenprestatie voor door de vervreemder aan de verkrijger krachtens overeenkomst nog te leveren zaken of krachtens een zodanige overeenkomst in de toekomst te verrichten werkzaamheden. Ook de toelichting op de uitbreiding van lid 2 noemt uitdrukkelijk de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te bedingen voor vorderingen betreffende de tegenprestatie van nog te leveren zaken en nog te verrichten werkzaamheden.¹⁹ Niet goed valt in te zien dat die mogelijkheid beperkt zou zijn tot toekomstige vorderingen die ontstaan voordat de koper de overige verschuldigde vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen, heeft voldaan. Dan zou de toelaatbaarheid van een eigendomsvoorbehoud voor toekomstige vorderingen namelijk afhangen van de tamelijk willekeurige omstandigheid in welke volgorde de toekomstige vorderingen ontstaan en de reeds bestaande vorderingen door de koper worden voldaan, terwijl niet goed valt in te zien waarom aan deze volgorde enige betekenis zou moeten worden toegekend.²⁰

De in de literatuur tegen het kredieteigendomsvoorbehoud ingebrachte argumenten kunnen niet overtuigen. In de eerste plaats kan geen argument worden ontleend aan de tekst van artikel 3:92 lid 1 BW.²¹ Het artikellid formuleert namelijk slechts een vermoeden en biedt partijen uitdrukkelijk de mogelijkheid om een van lid 1 afwijkende invulling aan het eigendomsvoorbehoud te geven, zij het dat de grenzen van lid 2 daarbij in acht moeten worden genomen.²² Evenmin overtuigend is het bezwaar dat door voldoening van alle openstaande vorderingen de voorwaarde in vervulling gaat en de koper derhalve eigenaar wordt, omdat deze redenering neerkomt op een *petitio principii*.²³ Als een kredieteigendomsvoorbehoud toelaatbaar is, houdt het tussen partijen overeengekomen eigendomsvoorbehoud namelijk juist in dat de voorwaarde niet in vervulling gaat indien in de toekomst nog vorderingen kunnen ontstaan die vallen onder de omschrijving van lid 2 van artikel 3:92 BW.²⁴

Geconcludeerd moet dan ook worden dat een kredieteigendomsvoorbehoud mogelijk is. Een zodanig eigendomsvoorbehoud heeft tot gevolg dat de verkoper ook eigenaar blijft indien op een bepaald moment weliswaar alle openstaande vorderingen zijn voldaan, maar in de toekomst nog nieuwe vorderingen kunnen ontstaan die voldoen aan de omschrijving van artikel 3:92 lid 2 BW. Opmerking verdient dat, anders dan wel eens wordt aangenomen, in een dergelijk geval geen

18 W.M. Kleijn in punt 2 van diens noot onder HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 (*Potharst/Serrée*), Janssen 2002, p. 319 en Reehuis 2013, nr. 114.

19 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1240. Anders: Janssen 1997, p. 480 (zie evenwel ook Janssen 2002, p. 319-320 alwaar hij de desbetreffende passage aanhaalt).

20 Vgl. Serick 1982, p. 161.

21 Zo echter Wessels 2001, p. 146.

22 Vgl. Janssen 2001, p. 278-281.

23 Zo echter Janssen 1997, p. 480 en Wessels 2001, p. 146.

24 Vgl. Lambsdorff 1974, p. 120.

sprake is van een eigendomsvoorbehoud dat ‘herleeft’ als een nieuwe vordering ontstaat.²⁵ Door de uitbreiding van het eigendomsvoorbehoud tot toekomstige vorderingen blijft de voorbehouden eigendom namelijk ook behouden voor de verkoper indien op een zeker moment geen vorderingen zijn verschuldigd. Van een tenietgaan van het eigendomsvoorbehoud en nadien weer tot stand komen, is dan ook geen sprake. Hoogstens kan worden gezegd dat het eigendomsvoorbehoud een sluimerend bestaan leidt, omdat het pas weer kan worden uitgeoefend indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van een vordering waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen, hetgeen veronderstelt dat de desbetreffende vordering opeisbaar is. Ook gedurende de periode waarin het eigendomsvoorbehoud sluimert, blijft de verkoper evenwel eigenaar.

6.3.2 *Omvang eigendomsvoorbehoud*

De mogelijkheid om de eigendomsovergang afhankelijk te maken van de voldoening van toekomstige vorderingen is, ondanks de toelaatbaarheid, niet geheel onproblematisch. Door de eigendomsovergang uit te stellen tot het moment van voldoening van alle bestaande en toekomstige vorderingen die in de rechtsverhouding tussen de verkoper en de koper ontstaan (en die voldoen aan de omschrijving van lid 2), kan het zo zijn dat de eigendomsverkrijging door de koper jarenlang vooruit wordt geschoven.²⁶ Bovendien zal niet altijd even duidelijk zijn wanneer er een einde is gekomen aan de rechtsverhouding, waardoor onduidelijkheid kan bestaan over de vraag of de verkoper of de koper eigenaar is van de verkochte zaak.²⁷ Voor de vraag wat de omvang is van een door partijen bedongen verbreed eigendomsvoorbehoud, dient in de eerste plaats acht te worden geslagen op de beperkingen die uit de wet voortvloeien en daarnaast op beperkingen die uit de overeenkomst tussen verkoper en koper voortvloeien.

Een eerste beperking wordt gevormd door de omstandigheid dat het eigendomsvoorbehoud gewoonlijk is opgenomen in een koopovereenkomst, die ertoe strekt dat de koper eigenaar wordt. Met de strekking van de koopovereenkomst verdraagt zich niet een ongebreidelde uitbreiding van het aantal vorderingen, waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen.²⁸ De voorwaarde moet zich verdragen met de koopovereenkomst, in die zin dat beoogd moet zijn dat de koper op den duur eigenaar wordt.²⁹ Een tweede beperking volgt uit de aard van de voorwaarde: er moet sprake zijn van onzekerheid (vgl. art. 6:21 BW).³⁰ Indien een recht wordt overgedragen onder een opschortende voorwaarde die in werkelijkheid niet in vervulling kan gaan – bijvoorbeeld omdat altijd nieuwe vorderingen kunnen ontstaan – is geen sprake van een daadwerkelijk beoogde eigendomsoverdracht: er is sprake van een onmogelijke voorwaarde.³¹ Uit het karakter van de koopovereenkomst en de natuur van de voorwaardelijkheid volgt derhalve een zekere temporele beperking. Indien het eigendomsvoorbehoud wordt bedongen voor alle

²⁵ Zo bijv. Janssen 2001, p. 269.

²⁶ Zie ook de bedenkingen van Zwitser 2000, p. 639-649 (weliswaar grotendeels toegesneden op een combinatie met een vervreemdingsverbod) en Reehuis 2013, nr. 31.

²⁷ Braun 1980, p. 88.

²⁸ Vgl. Reehuis 2013, nr. 31 in fine.

²⁹ Vgl. Serick 1982, p. 142-143.

³⁰ Vgl. Serick 1982, p. 143-144.

³¹ Vgl. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 186.

vorderingen die ooit zullen ontstaan en die onder de reikwijdte van lid 2 vallen, is de eigendomsverkrijging van de koper uitgesteld tot het mogelijk nooit intredende moment dat vaststaat dat nooit meer een zodanige vordering tussen verkoper en koper ontstaat. Als temporele beperking moet dan ook in ieder geval worden aangehouden dat het eigendomsvoorbehoud slechts wordt bedongen voor vorderingen die ontstaan in de rechtsverhouding tussen verkoper en koper.³² De beëindiging van de rechtsverhouding en voldoening van alle vorderingen heeft dan zonder meer vervulling van de voorwaarde tot gevolg.³³

In de derde plaats volgt uit de ratio en rechtvaardiging van het eigendomsvoorbehoud een nadere inhoudelijke beperking. In hoofdstuk 3 is opgemerkt dat de verbreiding van het eigendomsvoorbehoud tot willekeurige andere vorderingen uit de rechtsverhouding, die op zichzelf lijken te voldoen aan de omschrijving uit lid 2 van artikel 3:92 lid 2 BW zich niet goed laat rechtvaardigen tegen de achtergrond van de ratio die aan het eigendomsvoorbehoud ten grondslag ligt. Er moet derhalve sprake zijn van een zekere functionele samenhang met de koopovereenkomst, in die zin dat de overige vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen te maken hebben met de positie van de verkoper als leverancier. Die eis vloeit in de eerste plaats voort uit het feit dat het eigendomsvoorbehoud zijn rechtvaardiging vindt in het feit dat de verkoper met het eigendomsvoorbehoud niet zijn schuldeisersbelangen beschermt, maar zijn leveranciersbelang om zijn eigen prestatie te behouden. In de tweede plaats vloeit deze beperking voort uit de omstandigheid dat niet goed valt te rechtvaardigen dat de leverancier die toevallig in staat is een eigendomsvoorbehoud te bedingen, daarmee ook zijn schuldeisersbelangen veilig zou kunnen stellen, terwijl andere schuldeisers deze mogelijkheid niet hebben.³⁴

Nadere beperkingen kunnen voortvloeien uit de overeenkomst tussen partijen. Door uitleg zal moeten worden vastgesteld voor welke vorderingen het eigendomsvoorbehoud is bedongen.³⁵ Daarvoor geldt de ‘gewone’ *Haviltex*-maatstaf, waardoor het bij de vraag voor welke vorderingen het eigendomsvoorbehoud is bedongen aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het eigendomsvoorbehoudsbeding mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.³⁶ Aan de hand van deze maatstaf zal bijvoorbeeld moeten worden vastgesteld tot welk type vorderingen het eigendomsvoorbehoud is verbreed, of ook toekomstige vorderingen daaronder begrepen zijn en of – in afwijking van hetgeen in paragraaf 6.3.1 is opgemerkt – een tussentijdse voldoening van alle op dat moment bestaande vorderingen vervulling van de voorwaarde tot gevolg heeft.

32 Vgl. ook Asser/Scholten 1945, p. 476-477.

33 In die richting ook Reehuis 2013, nr. 115 (die evenwel ook ruimte lijkt te zien voor een andersluidende vormgeving van de voorwaarde).

34 Zie nader hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.2.2.

35 Rank-Berenschot 1999, p. 7, Janssen 2001, p. 282-283, Reehuis 2013, nr. 114 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 537.

36 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. C.J.H. Brunner. Dat bij de uitleg van een titel van overdracht met betrekking tot een roerende zaak, niet-zijnde een registergoed deze maatstaf moet worden aangelegd, blijkt bijv. uit HR 18 november 2005, *NJ* 2006, 151 (*BTL Lease/Van Summeren*), rov. 3.5.2.

Het is in dit verband interessant nog een nadere blik te werpen op de interpretatie van het krediet eigendomsvoorbehoud door de Hoge Raad in het arrest *Potharst/Serrée*. Door het hof was vastgesteld dat tussen Potharst en Serrée een eigendomsvoorbehoud was overeengekomen en dat de omstandigheid dat de rekening-courantverhouding was geëindigd c.q. een nulstand had bereikt niet met zich bracht dat de eigendom was overgegaan op de koper. Door de Hoge Raad werd dit oordeel van het hof aldus geïnterpreteerd ‘dat naar zijn oordeel het door Serrée bedongen zekerheidsrecht niet behoorde bij de vordering tot betaling van een op een willekeurig tijdstip bestaande vordering, maar strekte tot zekerheid van de vordering van Serrée die bij het einde van de rechtsverhouding tussen haar en Potharst Utrecht mocht blijken te bestaan.’³⁷ Uit deze interpretatie zou men kunnen afleiden dat een eigendomsvoorbehoud slechts bedongen kan worden voor ofwel een bepaalde, specifieke vordering die gedurende de rechtsverhouding bestaat, ofwel de vordering van de verkoper op de koper die bij het einde van de rechtsverhouding bestaat. Dat zijn echter niet de enige twee mogelijkheden. Naast de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te bedingen voor het eindsaldo na beëindiging van de rechtsverhouding (al dan niet door middel van een ‘echte’ rekening-courantverhouding),³⁸ is eveneens denkbaar dat een eigendomsvoorbehoud wordt verbreed tot alle afzonderlijke vorderingen die in de rechtsverhouding tussen verkoper en koper bestaan en in de toekomst zullen ontstaan. In het eerste geval houdt de opschortende voorwaarde in dat de koper de bij beëindiging van de rechtsverhouding bestaande saldovordering moet voldoen, terwijl in het tweede geval de opschortende voorwaarde inhoudt dat de koper al deze bestaande en toekomstige vorderingen in de rechtsverhouding tussen verkoper en koper moet voldoen.

Ondanks het verschil in vormgeving van de voorwaarde hebben beide varianten grotendeels dezelfde rechtsgevolgen: de koper wordt pas eigenaar als hij al datgene heeft voldaan wat hij verschuldigd is en zal zijn in de rechtsverhouding met de verkoper, hetgeen in beide gevallen gewoonlijk pas kan worden vastgesteld bij beëindiging van de rechtsverhouding. Er bestaan echter ook verschillen. In de eerste variant kan de koper gedurende het bestaan van de rechtsverhouding nog niet in gebreke blijven met betrekking tot de voldoening van de eindsaldo vordering, aangezien deze pas ontstaat c.q. verschuldigd is bij beëindiging van de rekening-courantverhouding. In het tweede geval kan de koper echter ook reeds gedurende de rechtsverhouding in gebreke zijn met de voldoening van een of meer specifieke vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen. Dat heeft gevolgen voor de mogelijkheid om tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud over te gaan.³⁹ Als het eigendomsvoorbehoud is bedongen

³⁷ HR 4 december 1998, *NJ* 1999, 549 m.nt. W.M. Kleijn, rov. 3.5.3.

³⁸ Het verdient opmerking dat de rechtsgevolgen van een zodanig rekening-couranteigendomsvoorbehoud niet eenvoudig zijn vast te stellen indien in die rekening ook vorderingen worden geboekt die niet voldoen aan de omschrijving van artikel 3:92 lid 2 BW. Verdedigbaar lijkt deze vorderingen alsnog buiten beschouwing te laten waar het aankomt op de afwikkeling van het eigendomsvoorbehoud, zij het dat daarmee de voordelen die zijn verbonden aan het opnemen van vorderingen in een rekening-courant – in ieder geval waar het aankomt op de afwikkeling van het eigendomsvoorbehoud – grotendeels worden tenietgedaan. Indien de eigendom niet wordt voorbehouden voor de saldovordering bij beëindiging van de rechtsverhouding, maar voor een of meer afzonderlijke vorderingen, die in rekening-courant worden opgenomen, dan geldt dat dat de verkoper eigenaar blijft zolang de desbetreffende vorderingen nog voortleven in het saldo. Zie F.H.J. Mijnsen, *De rekening-courantverhouding* (Mon. Privaatrecht), Deventer: Kluwer 2010, p. 28-29.

³⁹ Vgl. Verhagen & Rongen 2000, p. 143.

voor de voldoening van de eindsaldovordering, zal de verkoper in beginsel pas kunnen overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van die vordering. In de tweede variant kan de verkoper daarentegen ook reeds gedurende het bestaan van de rechtsverhouding overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, namelijk wanneer de koper in gebreke blijft met de voldoening van een of meer specifieke vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen. Beide varianten zijn dus mogelijk, zodat uitleg zal moeten vaststellen welke variant tussen partijen is overeengekomen. Gelet op de redenen om een eigendomsvoorbehoud te bedingen, zal in de regel wel de tweede variant bedoeld zijn, zodat de verkoper ook reeds gedurende het bestaan van de rechtsverhouding de bevoegdheid heeft om tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud over te gaan.⁴⁰

6.3.3 *Het einde van een kredieteigendomsvoorbehoud*

Ook met betrekking tot het einde van het eigendomsvoorbehoud, dat de eigendomsverkrijging door de koper tot gevolg heeft, kunnen ondanks de toelaatbaarheid van een kredieteigendomsvoorbehoud kanttekeningen worden geplaatst. Omdat het eigendomsvoorbehoud ook bedongen kan worden voor toekomstige vorderingen, blijft de verkoper vooralsnog ook eigenaar, indien op een bepaald moment geen vorderingen bestaan, maar in de toekomst wel nieuwe vorderingen kunnen ontstaan die voldoen aan de omschrijving van lid 2 van artikel 3:92 BW en bovendien door partijen onder de reikwijdte van het eigendomsvoorbehoud zijn gebracht. Dat staat enigszins op gespannen voet met de functie van het eigendomsvoorbehoud als opschortingsrecht en pressiemiddel om de koper te bewegen tot betaling. Gedurende de periode dat er geen vordering bestaat, kan het eigendomsvoorbehoud niet fungeren als pressiemiddel.⁴¹ Bovendien heeft de koper het daarmee niet zelf in de hand om door betaling van alle opeisbare vorderingen eigenaar te worden van de verkochte zaak. De koper is daartoe slechts in staat door de rechtsverhouding tussen hem en de verkoper te beëindigen, als gevolg waarvan geen nieuwe vorderingen meer kunnen ontstaan. Daarmee kan het kredieteigendomsvoorbehoud een averechts effect hebben, omdat het de koper ertoe kan bewegen om de rechtsverhouding tussen hem en de verkoper te beëindigen met als enkele reden om eigenaar te kunnen worden van de verkochte zaak.⁴² Het is dan ook de vraag of ook denkbaar is dat de koper bij een kredieteigendomsvoorbehoud ondanks het voortduren van de rechtsverhouding reeds eigenaar kan worden van de verkochte zaak.⁴³

Het lijkt erop dat met name om deze redenen naar Duits recht algemeen wordt aangenomen dat de tussentijdse voldoening van alle op dat moment bestaande vorderingen (*Konto- of Saldoausgleich*) tot gevolg heeft dat het eigendomsvoorbehoud eindigt en de koper eigenaar wordt van de verkochte zaak.⁴⁴ Hoewel dit

40 Vgl. Verhagen & Rongen 2000, p. 144.

41 Braun 1980, p. 89.

42 Braun 1980, p. 88.

43 Zie ook de bedenkingen van Reehuis 2013, nr. 114-115.

44 Zie – in navolging van RG 15 maart 1935, *RGZ* 147, 321 en BGH 23 november 1977, *NJW* 1978, 632 – Braun 1980, p. 85-92 (met verdere verwijzingen op p. 90 in voetnoot 88), MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 90, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 150, Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 35 en Mittlehner 2016, p. 28.

standpunt in de literatuur veelal niet gemotiveerd wordt, lijkt dit ingegeven door de wens de koper de mogelijkheid te geven de eigendom te verwerven zonder dat daarvoor beëindiging van de rechtsverhouding vereist is.⁴⁵ Het gaat derhalve om een rechtspolitieke begrenzing van het verbreed eigendomsvoorbehoud. In de literatuur wordt dan ook opgemerkt dat de *Kontoausgleich* geen uit de wet volgende of anderszins logisch dwingende beperking vormt van het eigendomsvoorbehoud.⁴⁶ Zoals hiervoor in paragraaf 6.3.1 is betoogd, kan een dergelijke beperking niet voor het Nederlandse recht worden gesteld, onder meer omdat daarmee de aan lid 2 van artikel 3:92 BW ten grondslag liggende ratio zou kunnen worden ondergraven, terwijl bovendien niet goed valt in te zien waarom de veelal tamelijk willekeurige volgorde tussen het ontstaan van nieuwe vorderingen en het voldoen van andere vorderingen beslissend zou moeten zijn voor de eigendoms-overgang. Bij de meer terughoudender benadering van het Duitse recht dient bovendien bedacht te worden dat het Duitse recht geen beperkingen stelt aan het type vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud kan worden bedongen. Uit de rechtspraak van het BGH lijkt bovendien te kunnen worden afgeleid dat de *Kontoausgleich* niet noodzakelijkerwijs het einde van het eigendomsvoorbehoud tot gevolg heeft, indien er een functionele samenhang bestaat tussen het type vordering en de verkochte zaak (zoals vorderingen wegens reparatie- of installatiewerkzaamheden).⁴⁷

De hiervoor genoemde bezwaren geven wel aanleiding tot de vraag of het krediet eigendomsvoorbehoud ook op een andere wijze tot een eind kan komen dan door beëindiging van de rechtsverhouding tussen verkoper en koper. Naar mijn mening kan onder omstandigheden een verplichting bestaan voor de verkoper tot 'vrijgave' van de verkochte zaak of een deel van de verkochte zaken door afstand te doen van het eigendomsvoorbehoud.⁴⁸ Uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) kan voortvloeien dat de verkoper gehouden is tot een dergelijke vrijgave, indien hij geen redelijk belang meer heeft bij behoud van de eigendom van een of meer verkochte zaken. Daarvan kan sprake zijn indien niet voorzienbaar is dat in de toekomst vorderingen ontstaan waarvoor het noodzakelijk is dat de verkoper nog langer eigenaar blijft, bijvoorbeeld omdat zijn belang ook afdoende is beschermd door eigenaar te blijven van een gedeelte van de (niet voor oneigenlijke vermenging vatbare) verkochte zaken of omdat de nieuwe vorderingen zullen ontstaan omdat de verkoper opnieuw (niet voor oneigenlijke vermenging vatbare) zaken zal leveren aan de koper en aan de belangen van de verkoper afdoende wordt tegemoetgekomen indien hij met betrekking tot de nog te leveren zaken een eigendomsvoorbehoud bedingt. Ook

45 Zie met verdere verwijzingen Braun 1980, p. 85-92.

46 Lambsdorff 1974, p. 118-127, Braun 1980, p. 88, Serick 1982, p. 144-148, Tiedtke 2000, p. 829-830 en Bülow 2012, p. 553-554.

47 Zie BGH 12 mei 1958, *NJW* 1958, 1231 en voor deze interpretatie Serick 1982, p. 159-160 en p. 169 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 154.

48 Vgl. J. Beuving & R.P.J.L. Tjittes, 'Het tegengaan van een overmaat aan zekerheden', *NJB* 1998, p. 1552 en Asser/Van Mierlo 3-IV 2016, nr. 293. Zie ook N.W.M. van den Heuvel, 'Zekerheid in een redelijke verhouding', *WPNR* 2001 (6463), p. 918-926. Zie ook Reehuis 2013, nr. 115, nr. 115 die in voorkomende gevallen lijkt te willen aannemen dat de voorwaarde voor vervuld moet worden gehouden.

het Duitse recht kent een verplichting tot vrijgave van onder verbreed eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken, indien sprake is van een oververzekering (*Übersicherung*) van de verkoper die niet slechts een tijdelijk karakter heeft.⁴⁹ Deze vrijgaveverplichting wordt gebaseerd op de *ergänzende Vertragsauslegung* aan de hand van de *Treu und Glauben* (§ 157 BGB),⁵⁰ waardoor de vrijgaveverplichting beschouwd wordt als een onderdeel van de tussen verkoper en koper gesloten koopovereenkomst.

Redengevend voor het aannemen van een dergelijke vrijgaveverplichting acht ik dat het krediet eigendomsvoorbehoud een blokkerende werking kan hebben, doordat de verkochte zaak lange tijd buiten het vermogen van de koper wordt gehouden. Indien de koper een zaak met substantiële waarde reeds volledig heeft afbetaald, maar denkbaar is dat in de toekomst nog nieuwe vorderingen ontstaan, kan hij de door hem in de zaak geïnvesteerde waarde niet verder benutten. Ondanks de substantiële vermogensinvestering behoort de zaak nog niet tot zijn vermogen. Weliswaar bestaat de mogelijkheid om zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde te vervreemden of te verpanden, maar immanent aan dat recht is de zwakte vanwege het voorwaardelijke karakter, hetgeen een waarde-drukkend effect zal hebben bij de verdere mobilisering van dat recht.

6.4 Verdere ‘verbreding’ door middel van een imputatiebeding?

Door verschillende auteurs wordt opgemerkt dat het mogelijk is het eigendomsvoorbehoud in feite te verbreden tot vorderingen die buiten de omschrijving van artikel 3:92 lid 2 BW vallen door een imputatiebeding overeen te komen.⁵¹ Door het imputatiebeding aldus te redigeren dat betalingen van de koper eerst worden toegerekend op vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud niet kan worden bedongen, kan per saldo worden bewerkstelligd dat de eigendom pas op de koper overgaat indien de koper ook de vorderingen voldoet waarvoor het eigendomsvoorbehoud strikt genomen niet kan worden bedongen.

Naar mijn mening moet ten eerste worden betwijfeld of het mogelijk is om door middel van een imputatiebeding de grenzen van artikel 3:92 lid 2 BW op te rekken. Op zichzelf genomen is het toelaatbaar door middel van een beding te bepalen op welke vorderingen en in welke volgorde betalingen moeten worden toegerekend. De regels van artikel 6:43 BW en artikel 6:44 BW zijn van regelend

49 Zie het meest expliciet BGH 9 februari 1994, NJW 1994, 1154. Niet geheel duidelijk is hoe deze uitspraak zich verhoudt tot BGH (GrS) 27 november 1997, NJW 1998, 671, welk besluit is toegesneden op de zekerheidseigendom in het algemeen. Door sommigen wordt verdedigd dat voor het verbreed eigendomsvoorbehoud nog steeds moet worden teruggegrepen uit de uitspraak uit 1994 of dat eventueel een ‘eigenständigen Ansatz’ moet worden aangelegd. Zie hierover K.P. Berger, ‘Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Freigabe von Sicherheiten’, ZIP 2004, p. 1073-1081, waarop als reactie P. Bülow, ‘Treuhänderischer erweiterter Eigentumsvorbehalt’, ZIP 2004, p. 2420-2422. In ieder geval is duidelijk dat er een verplichting tot vrijgave kan bestaan bij het verbreed eigendomsvoorbehoud. Zie bijv. Bülow 2012, p. 559-560, MünchKomm-Inso/Ganter 2013, § 47 Inso, Rn. 91, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 153 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 75. Vgl. ook BGH 30 mei 1960, NJW 1960, 1712 en BGH 20 maart 1985, NJW 1985, 1836.

50 Zie BGH (GrS) 27 november 1997, NJW 1998, 671 (zie over de toepasselijkheid van deze uitspraak ten aanzien van het verbreed eigendomsvoorbehoud evenwel de vorige voetnoot), MünchKomm-Inso/Ganter 2013, § 47 Inso, Rn. 91 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, Anh zu §§ 929-936 BGB, Rn. 31.

51 Van Mierlo 1984, p. 277, Bruijn & Maas 1990, p. 687, B. Wessels, ‘Voorwaardelijke eigendom en faillissement’, NbBW 1993, p. 76, Fikkers 1996, p. 4, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 491, Reehuis 2013, nr. 36 en Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 21.

recht, zodat partijen in afwijking daarvan kunnen bepalen hoe betalingen moeten worden toegerekend.⁵² Indien een dergelijk imputatiebeding echter ertoe strekt via een omweg een eigendomsvoorbehoud mogelijk te maken voor vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud uitdrukkelijk is verboden, komt een dergelijk beding in de gevarenzone vanwege wetsontduiking. Wanneer bij partijen het motief voorziet om door middel van een imputatiebeding de regeling van artikel 3:92 lid 2 BW te omzeilen, moet naar mijn mening dan ook worden aangenomen dat het rechtsgevolg van artikel 3:92 lid 2 BW ook het imputatiebeding treft. Aan de beperking tot de in lid 2 genoemde vorderingen ligt namelijk ten grondslag dat voorkomen moet worden dat de verkoper zich door middel van een ongebreidelde uitbreiding tot andere vorderingen een voorrangspositie zou kunnen verschaffen die voor andere schuldeisers is uitgesloten, omdat zij niet in staat zijn de eigendom van een zaak voor te behouden.⁵³ Om die reden is het type vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud kan worden bedongen uitdrukkelijk beperkt tot vorderingen die een samenhang vertonen met de hoedanigheid van de verkoper als leverancier. De wetgever heeft met de restrictie van lid 2 willen voorkomen ‘dat een eigendomsvoorbehoud (...) kan worden bedongen voor vorderingen van geheel andere aard.’⁵⁴

Door middel van een combinatie van het eigendomsvoorbehoud en een imputatieregeling beogen partijen echter alsnog een figuur in het leven te roepen die per saldo neerkomt op het bedingen van het eigendomsvoorbehoud tot vorderingen waarvoor artikel 3:92 lid 2 BW het bedingen van een eigendomsvoorbehoud uitdrukkelijk verbiedt. Wanneer het overeenkomen van een imputatieregeling ertoe strekt in feite via een andere weg een situatie te scheppen die door de wet om bepaalde redenen niet toelaatbaar wordt geacht, moet worden aangenomen dat ook deze andere route niet door partijen kan worden bewandeld, omdat aldus de aan de beperking van lid 2 ten grondslag liggende ratio zou worden ondergraven.⁵⁵

Steun voor de hier verdedigde opvatting bieden het Duitse en het Oostenrijkse recht. Op grond van § 449 III BGB is een eigendomsvoorbehoud nietig indien de eigendomsovergang afhankelijk wordt gemaakt van de voldoening door de koper van vorderingen op derden, in het bijzonder tot het concern van de verkoper behorende ondernemingen (zgn. *Konzernvorbehalt*). In de bescheiden literatuur die aandacht besteedt aan deze kwestie, wordt aangenomen dat een tussen verkoper en koper overeengekomen beding, op grond waarvan betalingen van de koper eerst worden toegerekend op vorderingen van de derde op de koper, eveneens nietig is, omdat met een dergelijk beding per saldo hetzelfde resultaat zou worden bereikt als met het door de wet verboden *Konzernvorbehalt*.⁵⁶ Op

52 Van Mierlo 1984, p. 277, voetnoot 34 en Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 259.

53 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388. Zie uitgebreid hiervoor in hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.2.

54 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1240.

55 Vgl. Asser/Van Goudoever 1915, p. 348-351, Rutten 1947, p. 349, E.M. Meijers, ‘Misbruik van recht en wetsontduiking’, in: E.M. Meijers, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen. Eerste deel*, Leiden: Universitaire Pers 1954, p. 65 en p. 75-76, en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 329.

56 MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 95 en Mitlehner 2016, p. 25-26. Vgl. ook BGH 15 juli 2004, *NJW* 2004, 3185 en Palandt/Grüneberg 2014, § 387 BGB, Rn. 22.

vergelijkbare wijze ontzegt het Oostenrijkse recht niet alleen het verbreed eigendomsvoorbehoud gelding, maar ook allerhande andere afspraken, zoals imputatiebedingen, waarmee via een omweg alsnog een met een verbreed eigendomsvoorbehoud vergelijkbaar resultaat is beoogd.⁵⁷

6.5 **Verbreed eigendomsvoorbehoud en ontbinding**

In hoofdstuk 5 is uitgebreid stilgestaan bij de verhouding tussen uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en de ontbinding van de koopovereenkomst, waarin het eigendomsvoorbehoud is opgenomen. In dat kader is geconcludeerd dat de (definitieve) uitoefening van het eigendomsvoorbehoud noodzakelijkerwijze gepaard dient te gaan met ontbinding van de koopovereenkomst, omdat de verkoper zich daardoor pas bevrijdt van zijn eigen verplichtingen, terwijl de ontbinding bovendien bewerkstelligt dat zijn eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde weer uitgroeit tot de onvoorwaardelijke eigendom, waardoor hij weer vrijelijk over de zaak kan beschikken. De ontbinding is daarnaast in beginsel een noodzakelijke voorwaarde voor uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, omdat pas de ontbinding van de koopovereenkomst het gebruiksrecht van de koper beëindigt.

Voor het verbreed eigendomsvoorbehoud geldt niets anders. Ook indien het eigendomsvoorbehoud is bedongen voor andere vorderingen dan de tegenprestatie, heeft de koper op grond van de koopovereenkomst een gebruiksrecht en een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Nog altijd blijft op de verkoper een verplichting tot eigendomsverschaffing rusten, die hij dient na te komen op het moment dat alle vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen, zijn voldaan. Ook bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud voor andere vorderingen, zal de verkoper de onderliggende koopovereenkomst dienen te ontbinden, teneinde de uit de koopovereenkomst voortvloeiende rechten van de koper te beëindigen en zich te ontdoen van zijn verplichting tot eigendomsverschaffing. Als de uitoefening van het verbreed eigendomsvoorbehoud niet zou leiden tot ontbinding van de koopovereenkomst, zou de verkoper de zaak ter beschikking dienen te houden van de koper, omdat nog altijd denkbaar zou zijn dat de voorwaarde in vervulling kan gaan. Als de verkoper de zaak desondanks hernieuwd zou vervreemden, zou hij tekortschieten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst en zou hij voorts een inbreuk maken op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper.

Toch verdient de uitoefening van het verbreed eigendomsvoorbehoud nadere aandacht. In de eerste plaats kan men zich afvragen of de verkoper wel kan overgaan tot ontbinding van de koopovereenkomst, indien de koper slechts in gebreke blijft met de voldoening van andere vorderingen, die niet noodzakelijkerwijze een grondslag behoeven te hebben in de desbetreffende koopovereenkomst. Daaraan

⁵⁷ Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 680-683, Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 11, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 110 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 27.

wordt hierna aandacht besteed. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag of men het verbreed eigendomsvoorbehoud niet op een geheel andere wijze zou moeten benaderen door rekenschap te geven van de omstandigheid dat de koper de tegenwaarde van de desbetreffende zaak al volledig heeft voldaan.

6.5.1 *De mogelijkheid om tot ontbinding over te gaan*

Gewoonlijk kan een partij bij een overeenkomst de desbetreffende overeenkomst slechts ontbinden, indien de wederpartij tekortschiet in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen uit de koopovereenkomst. Bij een koopovereenkomst kan de verkoper de overeenkomst normaal gesproken dus slechts ontbinden indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de koopprijs. Ogenscheinlijk kan de verkoper de koopovereenkomst bij een verbreed eigendomsvoorbehoud dan ook niet meer ontbinden, indien de koper de verschuldigde koopprijs reeds volledig heeft gedaan. Van een tekortkoming in de nakoming van diens verplichtingen uit de koopovereenkomst lijkt immers geen sprake.

Om die reden is onder het oude recht wel aangenomen dat de verkoper de verkochte zaak in een zodanig geval overeenkomstig de regels die gelden voor pandrecht zou moeten executeren.⁵⁸ De gedachte lijkt daarbij dat de voorbehouden eigendom na de voldoening van de koopprijs in feite een vorm van zekerheidseigendom is geworden, juist vanwege het feit dat de verkoper de koopovereenkomst niet meer kan ontbinden. Daardoor zou het eigendomsvoorbehoud nog slechts een zekerheidsfunctie vervullen ten aanzien van de overige vorderingen.

Deze benadering moet echter worden verworpen. Het verbreed eigendomsvoorbehoud moet juist worden begrepen als een partijafpraak die de verkoper de bevoegdheid geeft de koopovereenkomst ook te ontbinden, indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de andere vorderingen.⁵⁹ De verruiming van de wederkerigheidsband door het verbreed eigendomsvoorbehoud houdt derhalve in dat de verkoper de koopovereenkomst ook kan ontbinden voor andere vorderingen dan de directe tegenprestatie.⁶⁰ De partijafpraak die ten grondslag ligt aan het verbreed eigendomsvoorbehoud houdt daarmee in dat het niet voldoen van de overige vorderingen moet worden begrepen als een tekortkoming in de nakoming van de desbetreffende koopovereenkomst. Het staat partijen op grond van de in het verbintenissenrecht geldende partijautonomie vrij een zodanige uitbreiding van de ontbindingsbevoegdheid te creëren, door een verbondenheid te

⁵⁸ De Groot 1977, p. 649 en Mezas 1985, p. 10-11.

⁵⁹ G. Stulz, *Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht*, Berlin: Klokow 1930, p. 38, Chr. Meisner, *Der Eigentumsvorbehalt*, München: Schweitzer 1932, p. 45, voetnoot 1, Blomeyer 1968, p. 694, voetnoot 38 en Bülow 1999, p. 2197-2198. In die richting ook Neuschäffer 1935, p. 3520. Zie ook Mitlehner 2016, p. 16-18, die – en in navolging van hem ook MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 87 – die onderscheid maakt tussen een *echter* en *unechter erweiterter Eigentumsvorbehalt*. In het eerste geval worden andere vorderingen ‘in das Synallagma des Kaufvertrages’ betrokken, waardoor de verkoper ook na voldoening van de koopprijs de koopovereenkomst kan ontbinden. In het tweede geval zijn partijen slechts overeengekomen dat de voorbehouden eigendom na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie dient tot zekerheid van de overige vorderingen. In een dergelijk geval kan de verkoper niet meer ontbinden, omdat de wederkerigheidsband niet is uitgebreid. Het verschil tussen beide benaderingen manifesteert zich met name in zijn aanspraken in faillissement. In het eerste geval heeft hij te gelden als ‘werkelijk’ eigenaar, zodat hij de zaak uit de boedel kan opvorderen (*Aussonderungsrecht*), terwijl zijn aanspraken in het tweede geval zijn beperkt tot het recht om met voorrang uit de opbrengst van de zaak te worden voldaan.

⁶⁰ Zo ook – kennelijk in weerwil van de in de volgende paragraaf te behandelen Duitse heersende leer – Bülow 1999, p. 2197-2198 en Bülow 2012, p. 444: ‘Der Vorbehaltslieferant hat das Rücktrittsrecht aus § 449 BGB (...) auch dann, wenn der Vorbehaltskäufer solche anderen Forderungen nicht fristgerecht tilgt.’

scheppen tussen de koopovereenkomst en de overige vorderingen. Uit artikel 3:92 lid 2 BW moet vervolgens worden afgeleid dat aan een dergelijke partijafpraak binnen de in dat artikellid gestelde grenzen ook goederenrechtelijke werking wordt verleend, in die zin dat het mogelijk is de eigendom ook voor te behouden voor die vorderingen.

De verkoper kan de koopovereenkomst derhalve ontbinden indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de overige vorderingen. Zoals hiervoor is uiteengezet, is een dergelijke ontbinding ook noodzakelijk, omdat de verkoper zich daardoor van zijn eigen verplichtingen bevrijdt en bovendien daardoor pas de rechten van de koper uit de koopovereenkomst beëindigt, hetgeen noodzakelijk is om überhaupt tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud over te gaan.⁶¹

Vanwege deze techniek van uitoefening van het uitgebreid eigendomsvoorbehoud is in hoofdstuk 2 al geconcludeerd dat de voorbehouden eigendom geen zekerheid biedt voor de voldoening van deze andere vorderingen, in die zin dat de waarde of opbrengst van de zaak kan worden benut om die vorderingen voldaan te krijgen. De zekerheid van het uitgebreid eigendomsvoorbehoud is gelegen in de omstandigheid dat de verkoper bij ontbinding van de koopovereenkomst zijn restituteschuld ten aanzien van de reeds betaalde koopprijs kan verrekenen met de overige vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen. Aldus is het niet zozeer de voorbehouden eigendom, maar de reeds betaalde koopprijs die zekerheid biedt voor de voldoening van deze overige vorderingen.⁶²

6.5.2 *Is een alternatieve benadering aangewezen?*

Men zou deze kwestie ook geheel anders kunnen benaderen, zoals het Duitse recht doet. Het uitgebreid eigendomsvoorbehoud wordt vanaf het moment dat de koper de koopprijs volledig heeft voldaan en de eigendomsovergang dus nog enkel afhankelijk is van de voldoening van andere vorderingen, beschouwd als een vorm van zekerheidseigendom. Dit heeft tot gevolg dat de verkoper in faillissement niet meer het recht heeft om de verkochte zaak als eigenaar op te vorderen, maar slechts met voorrang wordt voldaan uit de opbrengst van de zaak.⁶³ Bij een uitoefening van het eigendomsvoorbehoud zal hij zich dienen te houden

61 Vgl. Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 551-552 die opmerkt dat bij geldigheid van het uitgebreid eigendomsvoorbehoud wel geconcludeerd zou moeten worden tot het bestaan van een ontbindingsbevoegdheid, omdat daarvoor dezelfde argumenten beslissend zijn als bij het eenvoudig eigendomsvoorbehoud, zoals de noodzaak van beëindiging van de gebruiksbevoegdheid van de koper. Vervolgens merkt hij echter op dat een dergelijke ontbinding niet zou kunnen bijdragen aan het doel van het uitgebreid eigendomsvoorbehoud (de voldoening van de overige vorderingen), hetgeen voor hem een extra argument is voor de ontoelaatbaarheid van het uitgebreid eigendomsvoorbehoud. Vgl. ook Frotz 1970, p. 202-203. Daarbij ziet hij evenwel over het hoofd dat de verkoper zijn restituteschuld kan verrekenen met de overige vorderingen waarvoor de eigendom is voorbehouden, zodat hij alsnog de overige vorderingen waarvoor de eigendom is voorbehouden, voldaan kan krijgen.

62 Zie voor een rekenvoorbeeld hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.11.

63 MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 48 InsO, Rn. 93, Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 78. Zie over het verschil tussen *Aus-* en *Absonderungsrecht* uitgebreider hiervoor in hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.2.

aan de (executie)regels die gelden voor zekerheidseigendom.⁶⁴ Aan die benadering ligt ten grondslag dat het eigendomsvoorbehoud na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie verandert van functie. De voorbehouden eigendom zou gelijkenis vertonen met de zekerheidsoverdracht, omdat de eigendom nog slechts tot zekerheid dient van vorderingen, die geen verband houden met de koopovereenkomst.⁶⁵ Door sommigen wordt er bovendien op gewezen dat de verbreding van het eigendomsvoorbehoud per saldo niets meer is dan een ‘verkorte’ zekerheidsoverdracht, waardoor het niet nodig is dat de zaak eerst in het vermogen van de koper terechtkomt en vervolgens wordt terugoverdragen.⁶⁶ In dat kader wordt bovendien geconcludeerd dat de verbreding van het eigendomsvoorbehoud niet tot gevolg heeft dat de verschillende overeenkomsten, waaruit vorderingen voortvloeien waarvoor het eigendomsvoorbehoud is voorbehouden ‘ingesamt zu einem einheitlichen Schuldverhältnis zusammengefaßt’ worden.⁶⁷ Het lijkt er bovendien op dat de hierboven genoemde gelijkenis met de zekerheidsoverdracht eraan in de weg zou staan dat partijen bewust wel een dergelijke uitgebreide wederkerigheidsband zouden scheppen.⁶⁸ Erg uitdrukkelijk komt dit alles niet aan de orde in de literatuur.

Het is in dat verband de vraag wat er na deze functieverandering van het eigendomsvoorbehoud gebeurt met de rechten en verplichtingen uit de koopovereenkomst. Zo wordt niet erg duidelijk in de Duitse literatuur waarom de verkoper bij een verbreed eigendomsvoorbehoud wel de bevoegdheid zou hebben om het eigendomsvoorbehoud uit te oefenen zonder ontbinding van de koopovereenkomst, terwijl hij een zodanige bevoegdheid bij een eenvoudig eigendomsvoorbehoud niet heeft (§ 449 (2) BGB). Bovendien geldt ook hier dat de mogelijkheid van executie van de zaak zich moeilijk verdraagt met het feit dat de rechten en verplichtingen uit de koopovereenkomst zonder ontbinding in stand blijven.⁶⁹ Het lijkt erop dat de koopovereenkomst en de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen bij het verbreed eigendomsvoorbehoud worden ‘weggepoetst’, om tegemoet te komen aan de economische werkelijkheid. Zo neemt

64 Zie daarover Bülow 2012, p. 435 e.v., MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, Anh. §§ 929-936 BGB, Rn. 49-52 en Staudinger/Wiegand 2017, Anh. zu §§ 929-931 BGB, Rn. 225-235.

65 BGH 10 februari 1971, *NJW* 1971, 799: ‘In einem derartigen Falle erfüllt der erweiterte Eigentumsvorbehalt die Aufgabe, die im allgemeinen einer Sicherungsübereignung zukommt, denn er dient der dinglichen Sicherung von Forderungen, die nicht den Sicherungsgegenstand betreffen.’ Zo ook Gravenhorst 1971, p. 495-496, Gottwald & Adolphsen 2000, p. 1048, Jaeger/Jacoby 2014, § 107 InsO, Rn. 82, MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 51 InsO, Rn. 80, Gottwald/Huber 2015, § 36, Rn. 39 en Braun/Kroth 2017, § 103 InsO, Rn. 33.

66 Bork 1997, p. 78 en Jaeger/Jacoby 2014, § 107 InsO, Rn. 82. Zo ook voor het Nederlandse recht Meijers 1936, p. 242 en Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 171. Illustratief voor deze benadering is dat sommigen zelfs aannemen dat de verkoper geen *Absonderungsrecht* verkrijgt wanneer de curator van de koper de koopprijs voldoet, omdat na faillissement ingevolge § 91 InsO geen *Absonderungsrecht* verkregen kan worden op in de boedel vallende vermogensbestanddelen. Zo bijv. Serick 1982, p. 692-695, Jaeger/Henckel 2004, § 51 InsO, Rn. 29 en Gottwald/Huber 2015, § 36, Rn. 40. Daartegen: W. Marotzke, *Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht*, Neuwied: Luchterhand 2001, p. 176-180, MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 93 en Gottwald/Adolphsen 2015, § 43, Rn. 32.

67 BGH 9 juli 1986, *NJW* 1986, 2948. Zo ook E. Bley, ‘Der erstreckte Eigentumsvorbehalt’, *ZaKDR* 1937, p. 42-43, Jaeger/Lent 1958, § 17 KO, Rn. 11 en Serick 1982, p. 691.

68 Zie bijv. expliciet Braun 1980 die op p. 175 opmerkt dat partijen verschillende zelfstandige overeenkomsten op grond van de partijautonomie kunnen samenvoegen, in die zin dat ze een eenheid vormen en hetzelfde lot delen, maar op p. 185-186 vanwege de ‘Funktionsgleichheit’ tussen zekerheidsoverdracht en verbreed eigendomsvoorbehoud niettemin aanneemt dat dit niet kan bewerkstelligen dat een tekortkoming in de nakoming van de ene overeenkomst een grond voor ontbinding van de andere overeenkomst oplevert. Zie evenwel ook hiervoor in voetnoot 59.

69 Zie uitgebreid hoofdstuk 5, paragraaf 5.6.

een aantal auteurs aan dat de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie weliswaar niet tot gevolg heeft dat de koper eigenaar wordt van de zaak, maar wel dat de zaak verhaalsrechtelijk gaat toebehoren aan de koper. Daarmee wordt de zaak na het intreden van het *Erweiterungsfall* (de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie) in economisch opzicht beschouwd als een vermogensbestanddeel van de koper, waaraan de gedachte ten grondslag lijkt te liggen dat de koper de economische tegenwaarde voor de zaak reeds volledig heeft voldaan. In deze benadering heeft de verkoper in zekere zin aan zijn verplichting tot eigendomsverschaffing voldaan, omdat de zaak in economisch of verhaalsrechtelijk opzicht is gaan toebehoren aan de koper.⁷⁰

Een uitgebreidere verklaring voor de verandering van functie van het eigendomsvoorbehoud na voldoening van de directe tegenprestatie wordt gegeven door Serick.⁷¹ In de eerste plaats wijst hij erop dat het eigendomsvoorbehoud na het *Erweiterungsfall* wel gelijkgesteld moet worden met zekerheidseigendom en door middel van executie moet worden uitgeoefend, omdat de koopovereenkomst niet meer kan worden ontbonden wanneer de koper zijn daaruit voortvloeiende betalingsverplichtingen volledig is nagekomen.⁷² Deze verklaring berust evenwel op een cirkelredenering, omdat het immers juist de vraag is of de verkoper de koopovereenkomst al dan niet nog kan ontbinden. Men zou namelijk evengoed kunnen betogen, zoals hiervoor is gedaan, dat uit het verbreed eigendomsvoorbehoud juist voortvloeit dat de verkoper de koopovereenkomst ook dan kan ontbinden, als de koper de overige vorderingen niet voldoet.

Een volgend, enigszins occult argument voor de behandeling van het verbreed eigendomsvoorbehoud als zekerheidseigendom leidt Serick af uit de *Rechtsnatur* van de voorbehouden eigendom, die volgens hem wordt gekenmerkt door een ‘dem gewöhnlichem Eigentum unbekannte Elastizität.’⁷³ Op grond van deze elasticiteit is de voorbehouden eigendom volgens hem voldoende elastisch om een functieverandering te ondergaan als gevolg van de voldoening van de tegenprestatie:

‘Der neuen Ausrichtung des Vorbehaltseigentums, die diese funktionelle Verlagerung zum Sicherungseigentum hin mit sich gebracht hat, wird bei der Normenanwendung auf das Vorbehaltseigentum dadurch Rechnung getragen, daß nicht mehr – wie vor Eintritt des Erweiterungsfall – das Eigentum, sondern jetzt die pfandrechtsartige Berechtigung des Lieferanten, und zwar an eigener Sache, im Blick auf den neuen Sicherungszweck die Regel bildet.’⁷⁴

70 Zie bijv. Serick 1982, p. 63: ‘Der Lieferant ist kraft des Kaufvertrages nach Zahlung der zunächst kreditierten und gesicherten Kaufpreisforderung verpflichtet, die Ware in das Vermögen des Käufers überzuführen. Die Erweiterungsklausel bewirkt nun, daß der Vorgang nur wirtschaftlich, nicht aber rechtlich vollzogen wird.’ Vgl. ook Serick 1993, p. 228: ‘Der Übergang von Vorbehalts- zu Sicherungseigentum nach Eintritt des Erweiterungsfall ist unter wirtschaftlichem Aspekt evident.’ Zo ook Bork 1997, p. 78: ‘Beim einfachen Eigentumsvorbehalt wäre er jetzt Eigentümer, und auch beim erweiterten Eigentumsvorbehalt steht ihm das Eigentum jetzt zu, jedenfalls nach dem kaufvertraglichen Element des Vertrages.’ Vgl. ook Gottwald & Adolphsen 2000, p. 1048 die opmerken dat de voorwaarde in vervulling is gegaan en Jaeger/Henckel 2004, § 51 InsO, Rn. 28 die stelt dat de koper eigenaar is geworden en de verkoper nog slechts een zekerheidsrecht heeft op een aan de koper toebehorende zaak.

71 Serick 1982, p. 67 e.v.

72 Serick 1982, p. 77 en p. 83.

73 Serick 1982, p. 77.

74 Serick 1982, p. 78.

Ook hier wordt echter nauwelijks verklaard waarom een dergelijke elasticiteit onderdeel zou uitmaken van de voorbehouden eigendom en wat deze gedaanteverwisseling van het eigendomsvoorbehoud uitlokt. Het lijkt erop dat ook Serick hiervoor impliciet teruggrijpt op de vermeende functionele gelijkenis met de zekerheidseigendom. Na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie staat volgens hem niet zozeer het behoud van eigendom centraal, maar vooral het zekerheidselement. Na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie, aldus nog steeds Serick, treedt in de plaats van de koopovereenkomst een *Sicherungsabrede* op grond waarvan de verkoper ten titel van zekerheid gerechtigd is de verkochte zaak te executeren om zich uit de opbrengst te voldoen voor de overige vorderingen.⁷⁵ Met andere woorden: de partijafpraak tussen verkoper en koper wordt aldus uitgelegd dat de koopovereenkomst na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie uit beeld geraakt, terwijl daarvoor in de plaats een *Sicherungsabrede* komt, op grond waarvan de verkoper als zekerheidseigenaar de bevoegdheid heeft de verkochte zaak te executeren en zich uit de opbrengst te voldoen.⁷⁶ Waarom een dergelijke *Sicherungsabrede* echter noodzakelijkerwijs onderdeel uitmaakt van het verbreed eigendomsvoorbehoud, wordt ook bij Serick niet erg duidelijk.

Vermoedelijk moet dit alles worden teruggevoerd op het karakter van de zekerheidseigendom, waarmee het verbreed eigendomsvoorbehoud vanwege de vergelijkbare functie wordt gelijkgesteld. Een essentieel onderdeel van zekerheidseigendom vormt de doelgebondenheid van de eigendom van de zekerheidseigenaar. Hij is eigenaar met het uitsluitende doel om de in de zaak besloten waarde te benutten als zekerheid voor de voldoening van een of meer vorderingen. Vanwege deze doelgebondenheid moet de zekerheidseigenaar rekening houden met de belangen van de zekerheidsgever, waardoor zijn aanspraken worden beperkt.⁷⁷ Deze beperking is ingegeven door de doelgebondenheid van de zekerheidseigendom: de zekerheidseigenaar heeft slechts belang bij de eigendom voor zover dit nodig is om zijn vorderingen daaruit te voldoen. Verdergaande aanspraken heeft de zekerheidseigenaar niet. Zo werden de pandrechtbepalingen onder het oude recht overeenkomstig toegepast op de zekerheidsoverdracht vanwege het feit dat 'een vermogensdeel, dat, na overdracht uit het vermogen van den schuldenaar in het vermogen van den schuldeischer, bestemd is om een ander deel van dit laatste vermogen – de ondanks die overdracht bestaan gebleven vordering – te waarborgen en om eventueel na verzilvering van

75 Serick 1982, p. 689: 'Sie [die Sicherungsabrede; toevoeging EFV] nimmt nach Tilgung der ursprünglich gesicherten Kaufpreisforderung die Vorbehaltssache aus dem Konnex des (...) Kaufes (...) endgültig heraus und stellt sie in einem neuen Zusammenhang. Er bewirkt, daß an die Stelle des Kaufes die Sicherungsabrede und an die Stelle des Aussonderungsrechtes das Absonderungsrecht tritt.'

76 Enigszins verwarrend is dat volgens Serick de verplichting tot overdracht op zichzelf nog wel blijft bestaan, hoewel de zaak 'aus dem Konnex des Kaufes' wordt gehaald. Zie bijv. Serick 1982, p. 82 en p. 85. In ieder geval vervalt deze verplichting volgens hem (Serick 1982, p. 686) op het moment dat de verkoper bevoegd wordt om tot executie over te gaan: 'der Eintritt des Verwertungsfalles [befreit] den Verkäufer endgültig von seiner Pflicht, die Sache nach Bedingungseintritt dem Käufer zu übereignen (...) und [hat] sein Recht zur Realisierung der pfandrechtsartigen Berechtigung an eigener Sache (...) entstehen lassen.' Vgl. ook Serick 1993, p. 126.

77 Zie hierover bijv. R. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Band II. Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1965, p. 75-77 en p. 95 e.v., Wieling 2006, p. 827-828 en Staudinger/Wiegand 2017, Anh zu §§ 929 ff, Rn. 211 e.v. Vgl. voor het Nederlandse recht H.A. van Nierop, 'Fiduciaire Rechtshandelingen', *WPvR* 1913 (2272-2274), i.h.b. p. 325-328 en p. 346-348, Rutten 1947, p. 344-345, Meijers 1948, p. 89-90 en Veenhoven 1955, p. 15-17.

zijn waarde die vordering te bevredigen, dezelfde functie vervult als een aan den schuldeischer door den schuldenaar in onderpand gegeven goed en redelijkerwijs op dezelfde wijze als zoodanig onderpand behandeld moet worden bij de afweging van de belangen, ter gelegenheid van den samenloop van crediteuren bij faillissement of surséance van betaling, van den gewaarborgden schuldeischer tegenover die van de concurrente crediteuren.⁷⁸ De overeenkomstige toepassing van de pandregels lijkt derhalve ingegeven door de doelgebondenheid van de zekerheidseigendom.⁷⁹

De gelijkschakeling tussen verbreed eigendomsvoorbehoud en zekerheidseigendom in Duitsland lijkt ook te volgen uit deze doelgebondenheid en lijkt vooral ingegeven door de wens om zo aan de belangen van de koper en diens overige schuldeisers tegemoet te komen. Deze gelijkschakeling lijkt men te bereiken door een normatieve uitleg van de afspraken tussen verkoper en koper, welke uitleg tot gevolg heeft dat de koopovereenkomst in het geheel buiten beschouwing wordt gelaten.⁸⁰

Voor deze benadering valt veel te zeggen, omdat zij rekenschap geeft van het feit dat de zaak bij een verbreed eigendomsvoorbehoud in economisch opzicht al toebehoort aan de koper, omdat hij de tegenwaarde voor de zaak reeds volledig heeft voldaan.⁸¹ In hoofdstuk 3 is betoogd dat de omstandigheid dat de verkoper na voldoening van de directe tegenprestatie eigenaar blijft van de verkochte zaak zich niet goed laat rechtvaardigen, omdat daardoor de gewoonlijk met voldoening van de tegenwaarde van de zaak intredende eigendomsverkrijging wordt uitgesteld.⁸² Daarmee wordt onder meer de neutraliteit van het eigendomsvoorbehoud doorbroken. Met het verbreed eigendomsvoorbehoud reserveert de verkoper de tegenwaarde van de zaak – de reeds volledig betaalde koopprijs – voor zijn eigen verhaal, zodat hij bij ontbinding van de koopovereenkomst kan overgaan tot verrekening met de overige vorderingen waarvoor de eigendom is voorbehouden.

Bij deze kwestie staat men derhalve op een tweekluis. Enerzijds kan men vasthouden aan de inbedding van het verbreed eigendomsvoorbehoud in de koopovereenkomst, zodat de conclusie noodzakelijkerwijze is dat geen sprake is van een vorm van zekerheidseigendom. Anderzijds kan men de gehele koopovereenkomst tussen partijen na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie,

78 HR 3 januari 1941, *NJ* 1941, 470 m.nt. P. Scholten (*Hazerswoude/Los*).

79 Vergelijkbaars geldt naar Duits recht. Een verplichting tot afdracht van overwaarde wordt afgeleid uit de doelgebondenheid van de zekerheidseigendom: de zekerheidseigenaar is slechts eigenaar teneinde de eigendom als zekerheid voor de voldoening van een vordering te benutten. Daaruit volgt dat eventuele overwaarde toekomt aan de zekerheidsgever, omdat het doel (voldoening van de vorderingen) bereikt is. Zie bijv. BGH 18 februari 1992, *NJW* 1992, 1620. Vgl. uit de literatuur o.m. Bülow 2012, p. 436 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, Anh. zu § 929-936 BGB, Rn. 52.

80 Illustratief in dit verband is dat in BGH 9 juli 1986, *NJW* 1986, 2948 wordt aangenomen dat de *Erfüllungsfunktion* (d.w.z.: de gerichtheid van de koopovereenkomst op eigendomsverkrijging) van de koopovereenkomst vervalt op het moment dat de koper de koopprijs heeft betaald. Dit is nodig om te bewerkstelligen dat de verkoper wanneer hij de verkochte zaak vervolgens executeert, niet tekortschiet in de nakoming van de koopovereenkomst. Vgl. ook Serick 1982, p. 78 en p. 686 die evenwel aanneemt dat de *Erfüllungsfunktion* pas verloren gaat op het moment dat de verkoper overgaat tot executie (zie ook hiervoor in voetnoot 76). Hij meent dan ook dat het oordeel van het BGH te verstrekkend is. Zie Serick 1993, p. 126 en p. 228-229.

81 Vgl. Serick 1982, p. 79: 'Einmal wird deutlich, daß der Käufer im Zusammenhang mit dem Verlust seines Anwartschaftsrechtes anläßlich der Verwertung für eine persönliche Schuld letztlich mit eigenen Vermögenswerten verhaftet bleibt.'

82 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.

gelet op de economische realiteit, buiten beschouwing laten, waardoor de mogelijkheid wordt geopend om de voorbehouden eigendom als zekerheidseigendom te gaan behandelen. Het verschil tussen de beide benaderingen heeft met name gevolgen voor de vraag naar afdracht van eventuele overwaarde, die het gevolg is van een tussentijdse waardestijging van de verkochte zaak.⁸³ Zoals in hoofdstuk 5 is uiteengezet, komt dergelijke overwaarde bij het (eenvoudig) eigendomsvoorbehoud toe aan de verkoper, omdat de verkoper altijd eigenaar is gebleven. In de benadering waarin het verbreed eigendomsvoorbehoud een vorm van zekerheidseigendom is, ligt het daarentegen voor de hand dergelijke overwaarde te laten toekomen aan de koper, omdat de zaak door voldoening van de volledige tegenwaarde van de zaak in economisch opzicht aan hem is gaan toebehoren. Het komt bij de keuze derhalve met name aan op de vraag of het gewenst is rekening te houden met de belangen van de koper, in die zin dat hij na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie in economisch opzicht wordt beschouwd als eigenaar van de zaak. Als gevolg daarvan zou overwaarde als gevolg van waardestijging aan hem moeten worden afgedragen.⁸⁴

Welke weg moet hierbij nu worden ingeslagen? Uiteindelijk is de behandeling van de voorbehouden eigendom na voldoening van de directe tegenprestatie als zekerheidseigendom naar mijn mening niet aangewezen, als gevolg waarvan ook een overeenkomstige toepassing van de rechtspraak met betrekking tot de zekerheidsoverdracht niet aan de orde komt. Daarvoor is van belang dat de zekerheidsoverdracht zich onder het oude recht buitenwettelijk heeft ontwikkeld, zodat de wetgever in 1838 met die latere ontwikkeling vanzelfsprekend geen rekening kon houden en dus geen bijzondere regels voor de zekerheidsoverdracht kon geven. Het kwam derhalve uitsluitend aan op de rechter om de zekerheidsoverdracht nader vorm te geven, in welk verband de overeenkomstige toepassing van de bepalingen met betrekking tot het pandrecht in beeld kwam.⁸⁵ Deze nadere vormgeving van de zekerheidsoverdracht door de rechter was daarmee geboden omdat niet kon worden teruggegrepen op een standpunt van de wetgever. Vergelijkbaars geldt voor het Duitse recht, waarin de zekerheidsoverdracht en het verbreed eigendomsvoorbehoud zich buitenwettelijk hebben

83 Zoals in hoofdstuk 5, paragraaf 5.8.1 is uiteengezet, zou overwaarde die het gevolg is van het feit dat de koper reeds een gedeelte van de koopprijs heeft betaald ook in de benadering waarbij de voorbehouden eigendom na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie niet als zekerheidseigendom wordt behandeld, namelijk overeenkomstig de ontbindingsregels dienen te worden gerestitueerd. Een verschil wordt nog gevormd door het feit dat deze restitutieregels bij ontbinding (afgezien van goederenkredietovereenkomsten, zie art. 7:84 lid 1 jo. art. 7:92 lid 1 jo. art. 7:98 BW) van regeland recht zijn, terwijl een verplichting tot afdracht van overwaarde bij zekerheidseigendom als een dwingendrechtelijke regel zou hebben te gelden.

84 Waarbij overigens kan worden aangetekend dat het hier al met al om een tamelijk bescheiden probleem gaat, namelijk de situatie dat (i) de koper de volledige koopprijs reeds heeft voldaan en (ii) de zaak bovendien in waarde stijgt. Het gros der zaken pleegt niet in waarde te stijgen, terwijl het bovendien niet erg aannemelijk is dat de koper zal tekortschieten in de nakoming van zijn verplichtingen, indien nakoming voor hem dergelijke gunstige gevolgen heeft.

85 Vgl. Scheltema 1938, p. 422-423, Veenhoven 1955, p. 14-21, Asser/Van Oven 3-III 1978, p. 117-125 en Struycken 2007, p. 490. Voor het verbreed eigendomsvoorbehoud in het kader van huurkoop gold dit daarentegen ook onder het oude recht – althans sinds 1936 – al niet. Volgens art. 1576p lid 2 BW (oud) kon de eigendom namelijk ook worden voorbehouden voor andere vorderingen dan de koopprijs, terwijl de wetgever geen verplichting tot executie had voorgeschreven, maar veeleer leek uit te gaan van de gedachte dat ook dan de onderliggende koopovereenkomst kon worden ontbonden. Vgl. Meijers 1936, p. 257, voetnoot 2. Zie ook punt 67 van de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 9 november 2012, *NJ* 2013, 510 (*ABN AMRO Lease/Ontvanger*), die terecht opmerkt dat uit het bestaan van art. 7:93 lid 2 BW (voorheen: art. 1576x BW (oud)) lijkt te moeten worden afgeleid dat de wetgever niet uitging van executie van de verkochte zaak, omdat het anders zinledig zou zijn om de waarde van de zaak eerst vast te stellen.

ontwikkeld, waardoor het evenzeer aankwam op de rechter om nader vast te stellen welke regels van toepassing zijn op het verbreed eigendomsvoorbehoud.⁸⁶

Voor het Nederlandse verbreed eigendomsvoorbehoud zoals dat is neergelegd in artikel 3:92 lid 2 BW, geldt dit alles niet. Deze mogelijkheid van verbreding van het eigendomsvoorbehoud berust op een uitdrukkelijke keuze van de wetgever. Hij heeft het eigendomsvoorbehoud ook in de verbrede variant beschouwd als ‘echte’ eigendom en rept in de parlementaire geschiedenis met geen woord over een gelijkstelling met zekerheidseigendom of een verplichting tot afdracht van overwaarde.⁸⁷ Bij de invoering van de mogelijkheid van verbreding van het eigendomsvoorbehoud heeft de wetgever gekozen voor een pragmatische aanpak, waarbij er simpelweg voor is gekozen om een verruiming van het aantal vorderingen toe te laten, zonder een nader onderscheid te maken tussen het eenvoudig en verbreed eigendomsvoorbehoud.⁸⁸

Daarvoor pleiten ook de beweegredenen van de wetgever om de verbreding van het eigendomsvoorbehoud mogelijk te maken. De aanleiding voor de mogelijkheid van een verbreding van het eigendomsvoorbehoud waren de moeilijkheden die zouden kunnen ontstaan bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, omdat het noodzakelijk zou zijn een directe koppeling aan te brengen tussen de verkochte zaak en de nog openstaande vordering.⁸⁹ Deze problemen zouden in volle omvang terugkeren indien op het eenvoudig en verbreed eigendomsvoorbehoud een verschillend regime van toepassing zou zijn, omdat het dan weer noodzakelijk zou zijn om aan te tonen of de verschuldigde tegenprestatie al dan niet volledig is voldaan.

In deze benadering moet ook het verbreed eigendomsvoorbehoud worden bezien tegen de achtergrond van de onderliggende koopovereenkomst, zodat het verbreed eigendomsvoorbehoud geen andere functie heeft dan het eenvoudig eigendomsvoorbehoud. Omdat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud nog altijd dient te geschieden door middel van de ontbinding van de koopovereenkomst, verwordt de voorbehouden eigendom na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie niet tot een vorm van zekerheidseigendom. De functie van het eigendomsvoorbehoud is er nog altijd in gelegen dat aldus de rechten van de verkoper bij ontbinding worden gewaarborgd, zij het dat het verbreed eigendomsvoorbehoud leidt tot een ruimere wederkerigheidsband en daarmee tot een ruimere ontbindingsmogelijkheid.

Zoals uit het voorgaande kan worden afgeleid, staat er *de lege ferenda* evenwel niets aan in de weg om het verbreed eigendomsvoorbehoud – net als in Duitsland – wél te behandelen als zekerheidseigendom. Noodzakelijk daarvoor zou in de eerste plaats zijn dat het Nederlandse recht (weer) een onderscheid zou maken tussen ‘werkelijke’ eigendom en zekerheidseigendom, waaraan (de

86 Waarbij bovendien geldt dat de wetgever bij de herziening van het Duitse faillissementsrecht de Duitse rechtspraak uitdrukkelijk heeft bevestigd, door in de toelichting uit te spreken dat de verkoper bij een verbreed eigendomsvoorbehoud slechts een *Absonderungsrecht* heeft. Zie *BT-Drucks. 12/2443*, p. 125.

87 Integendeel, zie bijv. de notitie van W. Snijders d.d. 16 oktober 1985, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 744: ‘Buiten de gevallen van artikel 3.4.2.5b [= art. 3:92 BW; toevoeging EFV] dient voorts wél het toeëigeningsverbod van artikel 3.9.1.7 te gelden, alsook de andere bijzondere regels betreffende pand.’

88 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.11.

89 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.1.

strekking van) artikel 3:84 lid 3 BW momenteel in de weg staat. Bovendien zou men, op vergelijkbare wijze als in Duitsland, door middel van normatieve uitleg een (andere) invulling moeten geven aan de partijafspraken, in die zin dat de koopovereenkomst volledig buiten beschouwing wordt gelaten na voldoening van de verschuldigde tegenprestatie. Dat kan leiden tot een vergaande inbreuk op de tussen partijen gesloten afspraken. Zoals hiervoor is gebleken, heeft de keuze voor een van beide benaderingen vooral gevolgen voor het bestaan van een verplichting tot afdracht van overwaarde. Zoals in de volgende paragraaf zal blijken, kan aan de wens om rekening te houden met de omstandigheid dat de koper de verschuldigde tegenprestatie volledig heeft voldaan, als gevolg waarvan overwaarde aan hem zou (moeten) toekomen, ook op andere, meer subtiële wijze rekening worden gehouden dan door een volledige herkwalificatie van de rechtsverhouding tussen partijen.

6.6 Afdracht van overwaarde bij uitoefening van een verbreed eigendomsvoorbehoud

Het verschil tussen de benadering van het verbreed eigendomsvoorbehoud als ingebed in de koopovereenkomst, waardoor de verkoper als ‘werkelijk’ eigenaar moet worden beschouwd en de benadering waarin de voorbehouden eigendom wordt geherkwalificeerd als zekerheidseigendom manifesteert zich, zoals reeds aan de orde kwam, met name op het gebied van de vraag naar overwaarde als gevolg van een tussentijdse waardestijging van de zaak. De vraag naar het bestaan van een eventuele verplichting tot afdracht van overwaarde kan echter ook onafhankelijk van de kwalificatie van het verbreed eigendomsvoorbehoud als ‘werkelijke’ eigendom of zekerheidseigendom worden beantwoord.⁹⁰

Dat dergelijke overwaarde bij de uitoefening van een eenvoudig eigendomsvoorbehoud toekomt aan de verkoper, is in hoofdstuk 5 onderbouwd aan de hand van het feit dat de verkoper altijd eigenaar is gebleven van die zaak en overwaarde als gevolg van waardestijging van de zaak noodzakelijkerwijze toekomt aan de eigenaar van de zaak. Bovendien bestaat er geen rechtvaardiging voor toekenning van die overwaarde aan de koper, aangezien hij zelf in gebreke is gebleven met de voldoening van de prestatie die de tegenwaarde vormt voor de zaak die in waarde is gestegen.⁹¹

Voor het verbreed eigendomsvoorbehoud overtuigt die redenering minder. Als de koper de verschuldigde tegenprestatie reeds volledig heeft voldaan, heeft hij de volledige tegenwaarde van de zaak voldaan en is hij in economisch opzicht eigenaar van de desbetreffende zaak. Als de eigendomsovergang niet van de betaling van andere vorderingen afhankelijk zou zijn gemaakt, zou hij bij betaling van de koopprijs zonder meer eigenaar worden van de zaak en zodoende van de waardestijging profiteren. Wanneer men bedenkt dat de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te verbreden uitsluitend ertoe strekt om de verkoper

⁹⁰ Weliswaar vergemakkelijkt een verplichting tot executie de vaststelling van de waarde van de zaak en daarmee de hoogte van een eventueel surplus, maar daarvoor zijn bij gebreke van een verplichte executie ook andere middelen voorhanden (zie bijv. art. 7:93 lid 2 BW).

⁹¹ Zie uitgebreid hoofdstuk 5, paragraaf 5.8.

te behoeden voor eventuele identificatieproblemen,⁹² valt niet goed in te zien waarom deze mogelijke identificatieproblemen ook een normatieve grondslag zouden vormen voor het toekennen van dergelijke overwaarde aan de verkoper.⁹³ Al met al pleit er veel voor dergelijke overwaarde na volledige voldoening van de directe tegenprestatie toe te kennen aan de koper.

Het is echter moeilijk bij de huidige stand van het Nederlandse recht een zodanige verplichting tot afdracht van overwaarde in te passen in het wettelijke systeem. Noodzakelijk is daarvoor dat een onderscheid wordt gemaakt tussen voorbehouden eigendom vóór en na voldoening van de koopprijs, terwijl de wetgever een zodanig onderscheid nu juist niet heeft gemaakt. Daarvoor is een gedifferentieerdere benadering nodig, die rekenschap geeft van de omstandigheid dat de koper bij een verbreed eigendomsvoorbehoud de tegenwaarde van de zaak reeds volledig heeft voldaan en dat de verkoper met het verbreed eigendomsvoorbehoud niet zozeer de eigen prestatie voorbehoudt om de daartegenover staande prestatie te ontvangen, maar de eigendom voorbehoudt zodat hij de reeds betaalde koopprijs als verrekeningsinstrument voor de overige vorderingen kan benutten bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Het Nederlandse recht biedt geen mogelijkheden om aan dit verschil ook rechtsgevolgen te verbinden, omdat de verkoper in beide gevallen als 'werkelijk' eigenaar heeft te gelden, zodat overwaarde aan hem toekomt in zijn hoedanigheid van eigenaar. Sterker nog: op grond van (de strekking van) het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW kent het Nederlandse recht uitsluitend werkelijke eigendom. Als iemand als eigenaar van een zaak heeft te gelden, betekent dit daarmee noodzakelijkerwijs ook dat een waardestijging van de zaak hem ten goede komt.⁹⁴

⁹² Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.1.

⁹³ Wanneer men op dit punt een onderscheid zou gaan maken tussen een eenvoudig en verbreed eigendomsvoorbehoud, in die zin dat in het eerste geval geen en in het tweede geval wel overwaarde zou moeten worden vergoed, kunnen daardoor wel weer identificatieproblemen ontstaan, omdat het voor de vraag of overwaarde moet worden afgedragen van belang wordt aan te tonen of sprake is van een eenvoudig dan wel verbreed eigendomsvoorbehoud, maar dat is geen reden om dit onderscheid dan maar niet te maken. De bewijslast voor de afdracht van overwaarde ligt in beginsel namelijk op de koper, zodat de positie van de verkoper bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud – waar het de wetgever om ging bij de introductie van de mogelijkheid om het eigendomsvoorbehoud te verbreden – niet in het gedrang komt. Zie nader hierna in hoofdstuk 7, paragraaf 7.4.2.2. Dat het voor de koper soms moeilijk zal zijn om aan te tonen of sprake is van een eenvoudig of verbreed eigendomsvoorbehoud, kan bovendien geen reden zijn om hem de aanspraak op overwaarde dan maar in het geheel te ontfagen.

⁹⁴ Vgl. Salomons 1995, p. 822, Struycken 1996c, p. 657 (die opmerkt dat waardestijging toevalt aan degene aan wie de waarde toekomt en dat dit in het Nederlandse systeem de 'werkelijk' eigenaar is, althans degene die meer dan een zekerheidspositie heeft) en Kortmann & Van Hees 1995b, p. 456 (die dit in het kader van een *sale and lease back*-transactie de 'overkill' van het fiduciaverbod noemen). Zie ook Lokin 2007, p. 137-155 die spreekt van de spagaat van de Hoge Raad vanwege het feit dat geen ruimte is voor tussenvormen: een overdracht is óf een door art. 3:84 lid 3 BW verboden zekerheidsoverdracht óf een geldige overdracht, als gevolg waarvan de 'werkelijke' eigendom is overgegaan. In dat geval bestaat vervolgens geen correctiemechanisme voor afdracht van overwaarde. Vgl. ook HR 18 november 2005, *NJ* 2006, 151 (*BTL Lease/Van Summeren*), rov. 3.5.2, waarin duidelijk werd dat een eventuele wanverhouding tussen de waarde van de zaken en de vordering niet meer ter zake kan doen als eenmaal is vastgesteld dat sprake is van een geldige overdracht, maar dat voor de beoordeling van de vraag óf sprake is van een geldige overdracht wel betekenis kan worden toegekend aan de omstandigheid dat sprake is van een dergelijke wanverhouding. Voor afdracht van overwaarde is op een later moment dan geen plaats meer. Vgl. ook reeds HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 m.nt. W.M. Kleijn (*Keereweir q.q./Sogelease*), rov. 3.4.3 waarin de Hoge Raad oordeelde dat 'een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het goed wordt overgedragen, in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder *gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen*, ingevolge art. 3:84 lid 3 niet een geldige titel voor overdracht op [levert].' (curs. toegevoegd). Bij een verbreed eigendomsvoorbehoud staat op zichzelf niets aan een verbintenisrechtelijke afspraak in de weg die de verkoper bij terugname verplicht overwaarde als gevolg

Een grondslag voor een dergelijke verplichting tot afdracht van overwaarde is ook niet eenvoudig te vinden.⁹⁵ Betwijfeld kan worden of artikel 6:212 BW hier een functie kan vervullen. Zo men al zou aannemen dat sprake is van een verarming van de koper, waarvoor men zou moeten aannemen dat deze verarming gelegen is in de omstandigheid dat hem een voordeel is ontgaan, moet betwijfeld worden of de daartegenover staande verrijking ongerechtvaardigd is, nu partijen zelf zijn overeengekomen dat de koper de eigendom van de zaak (en de daarmee noodzakelijkerwijs gepaard gaande (over)waarde) pas zou verwerven indien hij ook de overige vorderingen zou voldoen, hetgeen hij zelf heeft nagelaten. Men zou dan moeten aannemen dat deze afspraak er slechts toe strekt de verkoper te behoeden voor identificatieproblemen, zodat zij geen rechtvaardiging vormt voor een daaruit volgende toekenning van de overwaarde. Die conclusie is evenwel niet eenvoudig te bereiken, omdat een verbreed eigendomsvoorbehoud veelal ook wordt overeengekomen indien er helemaal geen identificatieproblemen kunnen optreden.⁹⁶

Ook artikel 7:92 lid 1 BW biedt geen grondslag voor een verplichting tot afdracht. Deze bepaling strekt er slechts toe dat de koper bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud het reeds aanbetaalde terugkrijgt, voor zover dat een eventuele schadevergoedingsvordering van de verkoper overstijgt. Enkel in een ruimere interpretatie zou een verplichting tot afdracht op die bepaling kunnen worden gebaseerd. Het is evenwel de vraag of een dergelijke ruime interpretatie van dit artikel, die verdergaat dan hetgeen de wetgever voor ogen stond, mogelijk is, terwijl dan bovendien binnen de toepassing van dat artikel een onderscheid zou moeten worden gemaakt, dat afhankelijk zou zijn van de vraag of de koper de directe tegenprestatie al dan niet heeft voldaan.⁹⁷

6.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht wat de rechtsgevolgen zijn van de verbreding van het eigendomsvoorbehoud tot andere vorderingen. Van een dergelijke verbreding is sprake indien tussen partijen een wederkerigheidsrelatie wordt geschapen tussen verplichtingen, die gewoonlijk niet tegenover elkaar staan. Het gaat daarbij om het tegenover elkaar stellen van de verplichting tot eigendomsverschaffing van de verkoper met de verplichting van de koper om ook andere vorderingen zoals omschreven in artikel 3:92 lid 2 BW, te voldoen.

In dat kader is geconcludeerd dat een verbreed eigendomsvoorbehoud ook tot gevolg kan hebben dat de verkoper eigenaar blijft, indien de koper op een zeker moment niets verschuldigd is, maar wel denkbaar is dat in de rechtsverhouding tussen verkoper en koper in de toekomst nog nieuwe vorderingen zullen ontstaan. Hoewel niets zich tegen een zodanig krediet eigendomsvoorbehoud

van waardestijging af te dragen aan de koper, omdat een verbreed eigendomsvoorbehoud niet de toets van art. 3:84 lid 3 BW behoeft te doorstaan – er is immers geen sprake van een overdracht aan de verkoper – maar de overweging van de Hoge Raad maakt wel duidelijk dat de toekenning van werkelijke eigendom in zijn visie samengaat met de toekenning van de volledige waarde van de zaak. Daaraan wordt voorbij gegaan door Van Vliet 2008, p. 329-330.

⁹⁵ Lokin 2007, p. 145. Anders: Van Vliet 2008, p. 330.

⁹⁶ Zie daarover kritisch hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.1.1.

⁹⁷ Vgl. Struycken 1996c, p. 656-658.

verzet, moet uiteindelijk wel beoogd zijn dat de koper eigenaar wordt. Bovendien volgen uit de ratio van artikel 3:92 lid 2 BW nadere inhoudelijke en temporele beperkingen aan de vorderingen waarvoor de eigendom kan worden voorbehouden. Bovendien is denkbaar dat de verkoper gehouden is mee te werken aan een eigendomsovergang aan de koper op een eerder moment dan het einde van de rechtsverhouding. Ook is betoogd dat een verdere verbreding door middel van contractuele afspraken tussen verkoper en koper, zoals een imputatiebeding, in strijd komt met de strekking van artikel 3:92 lid 2 BW, zodat dergelijke afspraken ontoelaatbaar zijn.

Tot slot is aandacht besteed aan de uitoefening van het verbreed eigendomsvoorbehoud. De uitoefening voltrekt zich op dezelfde wijze als bij het eenvoudig eigendomsvoorbehoud, namelijk door middel van ontbinding van de onderliggende koopovereenkomst. De bijzonderheid van het verbreed eigendomsvoorbehoud is in dat verband gelegen in de omstandigheid dat de verkoper de mogelijkheid heeft om de koopovereenkomst te ontbinden vanwege het in gebreke blijven van de koper met de voldoening van de overige vorderingen, waarvoor de eigendom is voorbehouden. Er bestaat geen reden om het verbreed eigendomsvoorbehoud te onderwerpen aan een ander regime, zoals in de literatuur wel is gesuggereerd, omdat in werkelijkheid sprake zou zijn van een vorm van zekerheidseigendom. Hoewel voor een andere benadering wel iets valt te zeggen, strookt zij niet met hetgeen de wetgever voor ogen stond bij de introductie van het verbreed eigendomsvoorbehoud. Wel zou het wenselijk zijn om bij de afwikkeling van de koopovereenkomst rekening te houden met de omstandigheid dat de koper de directe tegenprestatie al volledig kan hebben voldaan, maar het is de vraag in hoeverre daarvoor daadwerkelijk ruimte bestaat.

7 | Positie van de verkoper

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de positie van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud gedurende de periode van onzekerheid centraal. Het eigendomsvoorbehoud verschaft hem een sterke positie. Als de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie, kan hij de koopovereenkomst ontbinden en de verkochte zaak als de zijne opvorderen. De sterkte van het eigendomsvoorbehoud is een gevolg van het feit dat hij tot het moment van vervulling van de voorwaarde eigenaar blijft van de verkochte zaak. In geval van ontbinding kan hij op goederenrechtelijke wijze afdwingen dat hij de verkochte zaak terugkrijgt. Aldus is gewaarborgd dat hij het object van zijn eigen prestatieplicht pas verliest zodra de koper de daartegenover staande prestatie voldoet.

De keerzijde hiervan is dat de verkoper slechts kan profiteren van de voordelen die aan het eigendomsvoorbehoud zijn verbonden, zolang hij de eigendom van de verkochte zaak behoudt. Aangezien de koper de zaak gewoonlijk onder zich heeft en niet zelden ook de bevoegdheid heeft om de zaak te benutten in zijn eigen bedrijfsuitoefening, is het niet ondenkbaar dat de verkoper zijn eigendomsrecht reeds voor vervulling van de voorwaarde verliest. In dit hoofdstuk worden de veelvoorkomende situaties onderzocht waarin het eigendomsrecht van de verkoper wordt bedreigd. Daarbij wordt in de eerste plaats onderzocht of en, zo ja, onder welke voorwaarden het eigendomsrecht van de verkoper bedreigd wordt. Indien dat het geval is, komt ook aan de orde in hoeverre partijen de mogelijkheid hebben dit eigendomsverlies te voorkomen of te compenseren en of het wenselijk is de positie van de verkoper door wettelijk ingrijpen te versterken. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan de gevolgen van zaaksvorming, doorverkoop van de verkochte zaak, tenietgaan of beschadiging van de zaak, oneigenlijke vermenging, bestanddeelvorming en natrekking.

7.2 Zaaksvorming

De koper is niet altijd in staat om de verschuldigde tegenprestatie te voldoen, alvorens hij de verkochte zaak in zijn bedrijfsuitoefening heeft benut. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als het gaat om grondstoffen of halffabricaten. Zoals in hoofdstuk 3 is gebleken, komen verkoper en koper in een zodanig geval vaak overeen dat de koper de bevoegdheid heeft om de verkochte zaak te verwerken en vervolgens te verkopen, zodat hij daarmee de benodigde middelen kan genereren om

de verkoper te voldoen.¹ Aangezien de verwerking en vervreemding van de verkochte zaak de kans op betaling vergroten en bovendien denkbaar is dat de koopovereenkomst zonder een dergelijke bevoegdheid voor de koper niet tot stand komt, heeft de verkoper er geen belang bij de verwerking en vervreemding te verbieden. Tegelijkertijd wil de verkoper bij voorkeur voorkomen dat hij met lege handen staat indien de koper na de verwerking in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie.

Met name in Duitsland heeft zich als gevolg van deze betrokken belangen een praktijk ontwikkeld waarbij enerzijds de koper in staat wordt gesteld de verkochte zaak te verwerken, maar anderzijds aan het belang van de verkoper wordt tegemoetgekomen door middel van een verlengd eigendomsvoorbehoud. Door middel van een *Verarbeitungsklausel* komen partijen overeen dat de koper de nieuwe zaak voor de verkoper vormt. Naar de huidige stand van zaken bewerkstelt een dergelijk beding dat de verkoper wordt aangemerkt als zaaksvormer (*Hersteller*) in de zin van § 950 BGB, zodat hij eigenaar wordt van de nieuw gevormde zaak.² Weliswaar is die bepaling volgens de heersende leer en rechtspraak van dwingend recht,³ maar een *Verarbeitungsklausel* kan wel bewerkstelligen dat de verkoper wordt aangewezen als zaaksvormer. Aldus wordt niet zozeer afgeweken van § 950 BGB, maar een nadere inkleuring gegeven aan de verkeersopvatting, aan de hand waarvan moet worden bepaald wie als zaaksvormer heeft te gelden.⁴ Als partijen een zodanige *Verarbeitungsklausel* opnemen, heeft een dergelijk beding volgens het BGH namelijk tot gevolg dat de verkeersopvatting vervolgens de verkoper aanwijst als zaaksvormer.

‘Werden Rohstoffe unter Eigentumsvorbehalt geliefert und ist dabei vereinbart, daß die Verarbeitung für die Lieferfirma zu erfolgen hat, dann ist vom Standpunkt eines objektiven Beurteilers in der Regel diese Firma Hersteller i.S. des § 950 BGB.’⁵

De partijafpraak heeft derhalve over de boeg van de verkeersopvatting derdenwerking. Dat ook een objectieve derde volgens deze rechtspraak de verkoper zal aanmerken als zaaksvormer, volgt in deze benadering uit het feit dat moet worden uitgegaan van een derde die bekend is met de gebruikelijkheid van dergelijke zaaksvormingsclausules. Het gaat om een ‘objektiven mit den Verhältnissen vertrauten Beurteiler.’⁶ Per saldo kan daarmee met Duits recht de eigendomstoewijzing worden gestuurd door middel van een partijafpraak.

¹ Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.

² Zie voor een overzicht Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 479 e.v. en Staudinger/Wiegand 2017, § 950 BGB, Rn. 18 e.v.

³ BGH 15 juni 1989, *NJW* 1989, 3213, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 479, Bülow 2012, p. 546, MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 15-16 en Staudinger/Wiegand 2017, § 950 BGB, Rn. 27. Anders: Flume 1950, p. 843 en Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 700-701.

⁴ Zie voor de beslissende invloed van de verkeersopvatting o.m. BGH 3 maart 1956, *NJW* 1956, 788, BGH 27 september 1990, *NJW* 1991, 1480 en MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 18.

⁵ BGH 3 maart 1956, *NJW* 1956, 788. Vgl. ook BGH 19 oktober 1966, *NJW* 1967, 34. Daarbij wordt aangesloten door Serick 1976, p. 151 e.v., i.h.b. p. 156-157, Serick 1993, p. 108 en Soergel/Henssler 2002, § 950 BGB, Rn. 20.

⁶ BGH 3 maart 1956, *NJW* 1956, 788 en BGH 27 september 1990, *NJW* 1991, 1480. Zie daarover nader Staudinger/Wiegand 2017, § 950 BGB, Rn. 23.

Deze Duitse praktijk heeft in de Nederlandse literatuur aanleiding gegeven tot de vraag of artikel 5:16 BW op een vergelijkbare wijze zou kunnen worden geïnterpreteerd door middel van een zaaksvormingsclausule met de strekking dat de koper de zaak voor de verkoper vormt. Een aantal auteurs heeft – onder meer vanwege de wenselijkheid van het resultaat – betoogd dat het mogelijk is c.q. zou moeten zijn dat partijen door middel van een dergelijk beding kunnen bewerkstelligen dat de verkoper eigenaar wordt van de nieuw gevormde zaak.⁷ De heersende leer neemt daarentegen aan dat partijen geen c.q. slechts beperkt invloed kunnen uitoefenen op de eigendomstoewijzing. In deze visie moet uitsluitend aan de hand van artikel 5:16 BW (en de invulling van de in dat artikel genoemde criteria) worden beoordeeld wie eigenaar wordt van de nieuwe zaak, waaruit wordt afgeleid dat de koper in de regel eigenaar wordt van de nieuw gevormde zaak.⁸ Alvorens een eigen standpunt te bepalen, wordt hierna ingegaan op de beslissende criteria voor eigendomstoewijzing volgens de rechtspraak van de Hoge Raad en de wetgever.

7.2.1 De beslissende criteria voor eigendomstoewijzing

Bij de eigendomstoewijzing na zaaksvorming staat artikel 5:16 lid 2 BW centraal. Beslissend is of de koper de zaak voor zichzelf vormt of voor de koper. Volgens de Hoge Raad wordt dat bepaald ‘door hetgeen in het licht van de daarop betrekking hebbende verkeersopvattingen uit de rechtsverhouding tussen partijen voortvloeit.’⁹ Het gaat daarbij om een geobjectieerde invulling van de rechtsverhouding tussen verkoper en koper, aan de hand van de verkeersopvattingen. Voor wat betreft industriële fabricage houden deze verkeersopvattingen volgens de Hoge Raad het volgende in:

‘Bij een industriële fabricage – zoals hier aan de orde is –, zal het daarbij aankomen op de vraag wie beslissende invloed had op de wijze van produktie en de definitieve vorm van het produkt en wie in het kader van die rechtsverhouding het risico droeg ter zake van verliezen wegens tegenvallende bruikbaarheid, verhandelbaarheid of winstgevendheid van het produkt.’¹⁰

Aldus komt geen beslissende betekenis toe aan een eventuele zaaksvormingsclausule, maar kan daaraan wel gewicht worden toegekend, indien een dergelijk beding de strekking heeft dat de verkoper het zaaksvormingsrisico draagt en de

7 W.M. Kleijn in punt 4 van zijn noot onder HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 745 (*Gescheurde orchideeën*), Van Maanen 1998, p. 237-238, Kortmann 1998, p. 140 en Bartels 2007, p. 18-19. Vgl. ook S.E. Bartels, ‘Kan een eigendomsvoorbehoud zaaksvorming overleven?’, in: A.A.H. van Hoek e.a. (red.), *Offerhauskring vijftig jaar*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 31. Een zekere ruimte lijken ook Del Corral & Geurts 2014, p. 257 te zien.

8 O.K. Brahn, ‘Objectsverandering, zaaksvorming en partijafpraak’, in: H.U. Jessurun d’Oliveira, E. Fischer-Keuls & R. Drilmsa, *‘Exempel dwinght (Opstellen aangeboden door vrienden en vereerders aan Prof. mr. I. Kisch ter gelegenheid van zijn 70ste verjaardag)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 46-47, Asser/Beekhuis 3-II 1977, p. 104, Brahn 1984, p. 12-17 en p. 28-29, Mezas 1985, p. 78, Vriesendorp 1985a, p. 108, Brahn 1991, p. 145-159, Fikkers 1996, p. 4-5, Fikkers 1999a, p. 76-77, Wichers 2002, p. 248-252, Fesevur 2005, p. 246, Verstijlen 2006, p. 1188, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 967, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 500, Spath 2012, p. 330, Reehuis 2013, nr. 46-47, Verheul 2014b, p. 525-526, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 539 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 78.

9 HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992, 226 m.nt. W.M. Kleijn (*Breda/Antonius*), rov. 3.3.

10 HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992, 226 m.nt. W.M. Kleijn (*Breda/Antonius*), rov. 3.3.

verkoper bovendien beslissende invloed heeft op de wijze van productie. De rechtsverhouding wordt derhalve geobjectiveerd, in die zin dat zij 'echt' de strekking moet hebben dat de nieuwe zaak aan de verkoper toebehoort.

In de regel zal daarvan geen sprake zijn.¹¹ De koper vormt de zaak in zijn eigen bedrijfsuitoefening en de verkoper zal gewoonlijk geen invloed hebben op de wijze van produceren en de vormgeving van het eindproduct. Bovendien draagt de koper het risico indien hij de nieuwe zaak niet (winstgevend) kan doorverkopen. Hij zal ook in een dergelijk geval verplicht blijven de verschuldigde tegenprestatie aan de verkoper te voldoen. Interessant is dat in de Duitse literatuur bepleit wordt dat de eigendomstoewijzing van § 950 BGB zou moeten plaatsvinden aan de hand van vergelijkbare criteria. Verschillende auteurs laten zich daarbij kritisch uit over de hierboven besproken rechtspraak van het BGH, omdat de subjectieve partijafsprake de eigendomstoewijzing beheerst, terwijl het vanwege de in het goederenrecht gewenste rechtszekerheid nodig zou zijn dat de eigendomstoewijzing volgens meer objectieve criteria plaatsvindt.¹² Volgens de heersende leer zou toepassing van meer objectieve criteria tot de slotsom moeten leiden dat de koper eigenaar wordt van de nieuw gevormde zaak, omdat hij de zaaksvorming heeft bewerkstelligd en het risico daarvan draagt.¹³

De door de Hoge Raad gegeven invulling aan de verkeersopvatting loopt in de pas met de visie van de wetgever. Volgens hem zal lid 2 van artikel 5:16 BW de eigendom van de zaak normaliter toewijzen aan de koper, omdat niet gezegd kan worden dat hij de zaak in opdracht van zijn leverancier fabriceert, nu hij haar vormt om haar te eigen bate te verhandelen.¹⁴ Dit standpunt is nadien weliswaar enigszins genuanceerd, in die zin dat dit niet wegneemt 'dat in voorkomende gevallen

11 Anders dan H.H. Lammers, 'Mede-eigendom van varkens én karbonades', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Civiele constructies*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 61-63 meent, kan het optuigen van een gemeenschap daarin geen verandering brengen. De koper zal de zaak dan nog altijd op grond van de in de hoofdttekst genoemde criteria voor zichzelf vormen. Dat de zaken mede aan hem toebehoren, kan niet bewerkstelligen dat lid 2 niet meer van toepassing is. Integendeel, zelfs als de zaken volledig aan hem zouden toebehoren, zou eigendomstoewijzing in de regel op grond van lid 2 plaatsvinden. Zie Wichers 2002, p. 228-229. Bovendien valt niet goed in te zien waarom de koper wel eigenaar zou worden als de verkoper nog eigenaar was van de geleverde zaken, maar mede-eigendom zou ontstaan als de koper ook een aandeel heeft in de geleverde zaken.

12 Het is van belang te benadrukken dat deze kritiek zich (hoofdzakelijk) richt op de wijze waarop het BGH het resultaat – de eigendomsverkrijging van de verkoper en de daarmee gepaard gaande voorrangspositie – bereikt, namelijk door enerzijds vast te houden aan het dwingende karakter van de bepaling, maar anderzijds doorslaggevend gewicht toe te kennen aan de partijafsprake. Deze kritiek staat los van de vraag of de eigendomsverkrijging van de verkoper en diens voorrangspositie ook gerechtvaardigd is. Zie bijv. MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 20: 'Die Rechtsprechung ist von dem rechtspolitischen Bemühen getragen, den Warenkreditgeber gegenüber dem Geldkreditgeber zu bevorzugen. Dieses Anliegen soll hier nicht bezweifelt werden, doch es ist zweifelhaft, ob § 950 der richtige Ort ist, um dieses Ziel zu erreichen.' Wanneer men namelijk met de overwegende meerderheid in de literatuur zou aannemen dat de koper na zaaksvorming eigenaar wordt, zou alsnog een voorrang van de verkoper (boven de bank) worden bereikt. Een *Verarbeitungsklausel* kan dan namelijk worden geconverteerd tot een geanticipeerde zekerheidsoverdracht, als gevolg waarvan de verkoper derivatief zekerheidseigendom verkrijgt. Indien een dergelijke zekerheidsoverdracht collideert met een eerdere zekerheidsoverdracht aan de kredietverstrekende bank, ligt het voor de hand de voor de bij de botsing van een dubbele cessie bij voorbaat van doorverkoopvorderingen ontwikkelde *Vertragsbruchlehre* ook op dit geval toe te passen. Als gevolg daarvan zou dan voorrang worden toegekend aan een (eventueel) latere zekerheidsoverdracht aan de verkoper. Zie over deze techniek hiervoor in hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.3 en – toegespitst op de situatie na zaaksvorming – Henckel 1994, p. 205-206, Jaeger/Henckel 2004, § 51 InsO, Rn. 42 en MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 108. Per saldo wordt derhalve ook in deze visie de voorrang van de verkoper boven de bank gehandhaafd.

13 Wieling 2006, p. 447-449, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 485-486, Erman/Ebbing 2011, § 950 BGB, Rn. 10, Palandt/Bassenge 2014, § 950 BGB, Rn. 9, Bamberger & Roth/Kindl 2016, § 950 BGB, Rn. 10, Staudinger/Wiegand 2017, § 950 BGB, Rn. 28-30 en MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 20.

14 N.v.W., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 111.

kan worden overeengekomen dat de producent in opdracht van de leverancier of enige onderling samenwerkende leveranciers zal handelen in die voege dat hij ook de nieuw gevormde zaken voor deze(n) zal gaan houden',¹⁵ maar daaraan wordt toegevoegd dat daarvan alleen sprake kan zijn wanneer 'het vervaardigen van de eindprodukten door [de koper] realiter in opdracht en derhalve voor rekening en risico van [de verkoper] geschiedt.'¹⁶

7.2.2 *Eigendoms-toewijzing in het licht van de functie van het eigendomsvoorbehoud*

Bij de beantwoording van de vraag of de koper of de verkoper eigenaar wordt van een zaak die wordt gevormd uit de verkochte zaak, moet naar mijn mening beslissende betekenis worden toegekend aan de functie van het eigendomsvoorbehoud en – daarmee samenhangend – het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW.¹⁷ Zoals in hoofdstuk 2 is betoogd, komt het eigendomsvoorbehoud niet in strijd met de strekking van het fiduciaverbod, omdat de voorbehouden eigendom geen vorm van zekerheidseigendom is.¹⁸ De verkoper behoudt slechts zijn eigen prestatie voor teneinde de wederkerigheid van de beide prestaties te handhaven. Daarmee heeft de verkoper belang bij behoud van de zaak zelf, omdat hij ook al vóór de vervreemding aan de koper eigenaar was van de desbetreffende zaak en aldus slechts waarborgt dat hij de verkochte zaak pas verliest, zodra de koper de verschuldigde tegenprestatie voldoet.

Voor het verlengd eigendomsvoorbehoud geldt dit niet. Het eigendomsvoorbehoud ondergaat na verlenging een functieverandering.¹⁹ Ten aanzien van de nieuw gevormde zaak heeft de verkoper namelijk slechts een zekerheidsbelang.²⁰ Van een belang bij behoud van de *eigen* prestatie is dan namelijk geen sprake meer. Hij heeft er nog slechts belang bij om zich voor de koopprijsvordering te kunnen verhalen op de opbrengst van de nieuw gevormde zaak. De toewijzing van de eigendom van de nieuw gevormde zaak aan de verkoper zou daarmee in strijd komen met de strekking van het fiduciaverbod. Hoewel een zaaksvormingsclausule met het effect dat de verkoper eigenaar wordt, niet rechtstreeks in strijd zou komen met artikel 3:84 lid 3 BW,²¹ omdat sprake is van een eigendomsverkrijging op grond van de wet en niet op grond van een overdracht, zou een dergelijk resultaat wel indruisen tegen de ratio van het fiduciaverbod, namelijk dat een

15 M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 5 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1023.

16 M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 5 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1023.

17 Verheul 2014b, p. 525-526.

18 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.5.

19 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.1.

20 Vgl. MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 20: 'Hingegen ist das Interesse des Vorbehaltslieferanten typischerweise ein Sicherungsinteresse.' Zo ook: Erman/Ebbing 2011, § 950 BGB, Rn. 10 en Bamberger & Roth/Kindl 2016, § 950 BGB, Rn. 10.

21 Kortmann 1998, p. 140 en Bartels 2007, p. 10. Mogelijk anders: Van Maanen 1998, p. 238 die het verbod van toepassing lijkt te achten, maar nuanceert tegen de achtergrond van het *Sogelease*-arrest.

enkel verhaalsbelang of zekerheidsmotief niet de toewijzing van het meest omvattende recht kan rechtvaardigen.²² Partijen moeten in een zodanig geval een zekerheidsrecht vestigen.²³

Ook artikel 5:16 BW en de hiervoor beschreven criteria van de Hoge Raad en de wetgever moeten tegen deze achtergrond worden bezien. Het fiduciaverbod strekt er onder mee toe te voorkomen dat een scheiding ontstaat tussen (economisch) belang bij de zaak en de eigendom van de zaak.²⁴ Artikel 5:16 BW en de criteria die ter invulling van die bepaling zijn ontwikkeld voor het bepalen van de eigendomstoewijzing streven eenzelfde doel na. Door aan te knopen bij de vraag wie het economisch risico draagt en wie beslissende invloed heeft op het vormingsproces, wordt bewerkstelligd dat degene die belang heeft bij de zaak zelf ook eigenaar wordt van de desbetreffende zaak. Ook de wetgever merkt op dat met een zaaksvormingsclausules niet moet kunnen worden bewerkstelligd dat de verkrijging van de eigendom 'in wezen een eigendomsoverdracht tot zekerheid' is,²⁵ waarbij vervolgens ook hij beslissend acht dat de eigendom wordt toegewezen aan degene voor wiens rekening en risico de zaaksvorming geschiedt.

Steun voor deze opvatting bieden bovendien het Oostenrijkse en het Duitse recht. Een beding dat de strekking heeft dat de verkoper eigenaar wordt van de nieuw gevormde zaak, heeft naar Oostenrijks recht geen effect, omdat de toewijzing van de eigendom aan de verkoper in strijd zou komen met het verbod van publiciteitsloze zekerheidseigendom.²⁶ Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde kwam, wordt het eenvoudig eigendomsvoorbehoud met dat verbod niet in strijd geacht, omdat de verkoper slechts zijn eigen prestatie voorbehoudt teneinde de wederkerigheid van de beide prestaties te handhaven.²⁷ Het volledig toekennen van de nieuw gevormde zaak aan de verkoper, zou daarentegen in strijd komen met dit verbod omdat de nieuw gevormde zaak voor de verkoper nog slechts een zekerheidsfunctie heeft. Aangezien dit verbod is ingegeven door de gedachte dat voor de overige schuldeisers kenbaar moet zijn dat een vermogensbestanddeel niet meer (volledig) tot het voor verhaal vatbare vermogen van de schuldenaar behoort, ziet het Oostenrijkse recht geen been in het toekennen van een aandeel in de nieuw

22 Vgl. ook Fesevur 2005, p. 246 en Bartels 2007, p. 9-10. Anders dan door Fesevur 2005, p. 246, Verheul 2014b, p. 526 en Del Corral & Geurts 2014, p. 257-258 is opgemerkt, zijn de grenzen van art. 3:92 lid 2 BW niet in het geding. Dat artikellid staat het immers ook toe dat een eigendomsvoorbehoud wordt bedongen voor reeds geleverde zaken, waarvan sprake zou zijn als de verkoper eigenaar werd van de nieuw gevormde zaak en het eigendomsvoorbehoud zou zijn bedongen ter zake van de koopprijsvordering van de oorspronkelijke zaken. Wel juist is de opmerking in de parlementaire geschiedenis (M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 5 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1023), dat een dergelijke constructie zou neerkomen op een toekenning van eigendom aan een ander dan degene die het economisch risico draagt, waartegen art. 3:84 lid 3 BW beoogt te waken en waarvan art. 3:92 lid 2 BW een uitwerking vormt. Art. 3:92 lid 2 BW stelt echter alleen grenzen wat betreft de vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud kan worden bedongen, terwijl uit art. 3:84 lid 3 BW ook grenzen voortvloeien voor wat betreft het object van het eigendomsvoorbehoud.

23 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 317: 'Wie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen.'

24 Struycken 2007, p. 489-499.

25 M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 5 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1023.

26 Spielbüchler 1968, p. 597-598, Frotz 1970, p. 192-193, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 629, Rummel/Spielbüchler 2000, § 415 ABGB, Rn. 7, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 92, Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 68 en Rummel & Lukas 2016, § 415 ABGB, Rn. 9.

27 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.1.

gevormde zaak aan de verkoper. Daarmee handhaaft de verkoper namelijk slechts zijn voorrangspositie met betrekking tot de waarde, waarop de overige schuldeisers zich ook niet konden verhalen toen zij nog besloten lag in de verkochte zaak.²⁸

Hoewel het Duitse recht zaaksvormingsclausules wel toelaatbaar acht, biedt de wijze waarop het Duitse recht de door de verkoper verkregen eigendom van de nieuw gevormde zaak kwalificeert, wel argumenten die pleiten voor het hier verdedigde standpunt dat de toewijzing van de eigendom aan de verkoper in strijd zou komen met de ratio van het fiduciaverbod. Voor het Duitse recht gelden deze argumenten niet, omdat het Duitse recht zekerheidseigendom toelaatbaar acht. Hoewel de eigendom van de zaak op grond van een zaaksvormingsclausule op grond van § 950 BGB originair wordt toegewezen aan de verkoper, geeft het Duitse recht blijk van de omstandigheid dat de relatie van de verkoper tot de nieuw gevormde zaak van een andere aard is dan tot de oorspronkelijke zaak.²⁹ De eigendom van de nieuw gevormde zaak heeft namelijk te gelden als zekerheidseigendom.³⁰ Dit betekent dat de verkoper ten aanzien van de nieuw gevormde zaak de voor zekerheidseigendom geldende regels moet naleven, hetgeen onder meer betekent dat hij in geval van faillissement van de koper slechts met voorrang uit de opbrengst van de zaak wordt voldaan. Ten aanzien van de nieuw gevormde zaak heeft de verkoper dus slechts een zekerheidsbelang, hetgeen in de literatuur onder meer wordt afgeleid uit het feit dat (het voorbehouden van) de nieuw gevormde zaak niet de functie heeft van het handhaven van de wederkerigheidsband, zoals dat wel gold voor de eigendom van de verkochte zaak:

‘Die neue Sache soll (...) in der synallagmatischen Beziehung von Verkäufer und Käufer nicht an die Stelle des Kaufgegenstandes treten, weil sie aufgrund der Verarbeitung einen höheren Wert hat und dieser auf dem Finanzeinsatz des Käufers beruht. Der originäre Erwerb des Verkäufers dient nur dem Zweck, den Verkäufer nach Wegfall des Synallagmas für die noch offene Kaufpreisforderung zu sichern.’³¹

Gelet op deze veranderde functie van het eigendomsvoorbehoud, moet worden geconcludeerd dat een zaaksvormingsclausule niet in afwijking van artikel 5:16 lid 2 BW kan bewerkstelligen dat de verkoper eigenaar wordt van de nieuw gevormde zaak.

28 Zie uitgebreid hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.2. Daarbij dient derhalve bedacht te worden dat het Oostenrijkse recht niet zozeer bezwaren heeft tegen zekerheidseigendom vanwege de onderbedeling van de schuldenaar en de daarmee gepaard gaande overbedeling van de zekerheidseigenaar, maar vooral problemen heeft met onzichtbare zekerheidsrechten. Zie dan ook kritisch over het desondanks toekennen van een aandeel in de nieuw gevormde zaak op grond van publiciteitsargumenten Chr. Rabl, ‘Die Verarbeitungsklausel beim Eigentumsvorbehalt’, in: P. Apathy e.a. (red.), *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, Wien: Jan Sramek 2010, p. 341-359.

29 Zie Serick 1982, p. 411-417, Bork 1997, p. 78, Elz 2000, p. 480, MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 105 en Rn. 113, Jaeger/Jacoby 2014, §107 InsO, Rn. 87, Gottwald/Huber 2015, § 36, Rn. 36, MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 87 en Braun/Kroth 2017, § 103 InsO, Rn. 34.

30 Serick 1982, p. 409-417, Soergel/Henssler 2002, § 950 BGB, Rn. 26, Jaeger/Henckel 2008, § 51 InsO, Rn. 38, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 158, Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 40, Gottwald/Adolphsen 2015, § 43, Rn. 42, Staudinger/Wiegand 2017, § 950 BGB, Rn. 53 en MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 950 BGB, Rn. 31. Zo ook expliciet in de parlementaire geschiedenis: *BR-Drucks.* 1/92, p. 125.

31 Bork 1997, p. 78. Zie in gelijke termen Serick 1982, p. 411: ‘Die vom Lieferanten vertraglich geschuldete Übereignung der Ware ist nach der Verarbeitung nicht mehr möglich; die neu hergestellte Sache ist mit dem Gegenstand des Vorbehaltskaufes nicht mehr identisch.’

7.2.3 Mogelijkheid van derivatieve eigendomsverkrijging

In de literatuur is door een aantal auteurs betoogd dat de koper de zaak weliswaar niet vormt voor de verkoper, maar dat het wel mogelijk is dat de koper de zaak vervolgens overdraagt aan de verkoper. Zo merkt Snijders op dat sinds het *Sogelease*-arrest meer ruimte lijkt te bestaan voor een dergelijke overdracht, nu bezwaarlijk kan worden gezegd dat de overdracht enkel strekt tot verhaal.³² Spath heeft zich daarbij aangesloten en daaraan bovendien een uitgebreidere onderbouwing ten grondslag gelegd.³³ Volgens haar zou door middel van een ‘hersteloverdracht’ kunnen worden bewerkstelligd dat ‘de verhoudingen tussen de verkoper en de koper zo veel mogelijk (...) lijken op die vóórdat zaaksvorming roet in het eten gooide.’³⁴ Een zodanige overdracht komt volgens Spath niet in strijd met art. 3:84 lid 3 BW omdat de overdracht er slechts toe strekt de uitgangspositie van de verkoper te herstellen, namelijk dat hij eigenaar is onder ontbindende voorwaarde van voldoening van de verschuldigde prestatie, terwijl het in het licht van de terughoudende interpretatie van het fiduciaverbod door de Hoge Raad niet waarschijnlijk is dat een dergelijke overdracht strijdig zou zijn met art. 3:84 lid 3 BW.

Tegen de achtergrond van het voorgaande moet echter worden geconcludeerd dat een dergelijke overdracht afstuit op het fiduciaverbod.³⁵ Wanneer men namelijk bedenkt dat de eigendomstoewijzing aan de koper op grond van artikel 5:16 lid 2 BW mede is ingegeven door (de gedachte die ten grondslag ligt aan) het fiduciaverbod, kan deze eigendomsverkrijging niet worden ongedaan gemaakt zonder de grenzen van artikel 3:84 lid 3 BW te overschrijden. Of anders gezegd: aangezien de strekking van het fiduciaverbod zelfs aan een rechtstreekse eigendomstoewijzing aan de verkoper op grond van artikel 5:16 lid 2 BW in de weg staat, kan niet gezegd worden dat een overdracht aan de verkoper niet in strijd komt met datzelfde fiduciaverbod.³⁶

In dat verband kan niet gezegd worden dat de overdracht niet enkel strekt tot verhaal of slechts de uitgangspositie van de verkoper beoogt te herstellen. Vanwege de zaaksvorming is het namelijk niet meer mogelijk om deze uitgangspositie te herstellen, omdat de verkochte zaak niet meer bestaat. De nieuw gevormde zaak vervult in de rechtsverhouding tussen verkoper en koper een geheel andere rol dan de oorspronkelijke zaak. Het eigendomsvoorbehoud strekt ertoe de ongedaanmaking na ontbinding op goederenrechtelijke wijze te effectueren. Na zaaksvorming kan deze ongedaanmaking niet meer plaatsvinden, omdat

32 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 291 en stelliger H.J. Snijders, *Modellen voor de rechtspraak*, nr. I.3.4.46.10, voetnoot 2 en 12.

33 Spath 2012, p. 329-334.

34 Spath 2012, p. 330.

35 Zo ook Brahn 1984, p. 28, Vriesendorp 1985a, p. 108, Mezas 1985, p. 78-79, Kortmann 1998, p. 140, Verstijlen 2006, p. 1189, Bartels 2007, p. 9, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 967 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 534 en nr. 539.

36 Eenzelfde tegenstrijdigheid ligt in omgekeerde zin besloten in de opvatting van Kortmann 1998, p. 140. Volgens hem kan aan de originele eigendomstoewijzing aan de verkoper niet afdoen dat sprake is van eigendom met een zekerheidskarakter, terwijl hij dat wel als een onontkoombaar bezwaar beschouwt tegen de overdracht van de nieuw gevormde zaak aan de verkoper. Zoals Bartels 2007, p. 10 terecht opmerkt, speelt juridische techniek dan wel een erg prominente rol, terwijl niet goed valt in te zien waarom de aard van de verkrijging beslissend zou zijn, wanneer het – zowel voor art. 3:84 lid 3 BW als voor art. 5:16 BW – aankomt op het zekerheidskarakter van de eigendomsverkrijging.

de verkochte zaak niet meer bestaat. Om die reden is het niet meer mogelijk de verhouding tussen verkoper en koper te herstellen tot die van vóór de zaaksvorming.

Het zij toegegeven dat het fiduciaverbod aan kracht heeft ingeboet door de beperkende uitleg van artikel 3:84 lid 3 BW in het *Sogelease*-arrest.³⁷ Wanneer men bedenkt dat de Hoge Raad in dat geval een overdracht met zekerheidsdoel-einden sanctioneerde, terwijl in het geheel geen gewicht werd toegekend aan de omstandigheid of de verkrijger al dan niet een daadwerkelijk belang bij de zaak zelf had, zou men kunnen betogen dat een hersteloverdracht aan de verkoper dan ook niet op dat argument zou moeten afstuiten. Toch zou het naar mijn mening een grote, en ook niet voor de hand liggende stap zijn om de hersteloverdracht toelaatbaar te achten, nu een dergelijk resultaat sterk zou indruisen tegen het helder verwoorde standpunt van de wetgever, waarin een nadrukkelijk verband wordt gelegd tussen de eigendomstoewijzing aan de koper en het fiduciaverbod. Daarbij komt dat de nieuw gevormde zaak in de regel een hogere waarde vertegenwoordigt dan de verkochte zaak. In een dergelijk geval zal, zeker wanneer de koper reeds een gedeelte van de verschuldigde tegenprestatie heeft voldaan, de wanverhouding tussen de hoogte van de vordering en de waarde van de nieuw gevormde zaak nog een extra argument zijn voor het oordeel dat geen sprake is van een werkelijke overdracht.³⁸

7.2.4 Verkrijging van vervangende zekerheid

Aangezien de verkoper ten aanzien van de nieuw gevormde zaak slechts een zekerheidsbelang heeft, dient hij een pandrecht te bedingen op de nieuw gevormde zaak, indien hij zich wenst in te dekken tegen de risico's van zaaksvorming. In de literatuur wordt een tweetal obstakelsesignaleerd die deze mogelijkheid voor de verkoper weinig vruchtbaar maken, hetgeen voor sommige auteurs een reden lijkt te zijn een zaaksvormingsclausule toch toelaatbaar te achten.

In de eerste plaats vormen de vestigingsvereisten voor een vuistloos pandrecht volgens sommigen een bezwaarlijke hobbel, omdat vestiging een authentieke of geregistreerde onderhandse akte vereist (art. 3:237 BW).³⁹ Hoewel dit vestigingsvereiste in de praktijk inderdaad een zekere drempel kan opwerpen, valt niet goed in te zien waarom voor een verkoper die vervangende zekerheid wenst te verkrijgen een uitzondering zou moeten worden gemaakt op door de wet voorgeschreven vestigingsvereisten. De bezwaarlijkheid van de benodigde administratieve handelingen kunnen bovendien evenmin een reden zijn om de eigendom van de zaak alsnog maar toe te wijzen aan de verkoper.

Een tweede, meer gewichtig bezwaar is dat een dergelijk pandrecht voor de verkoper in de praktijk in de regel van weinig waarde zal zijn, omdat in het gros der gevallen reeds eerder ten behoeve van de kredietverschaffende bank bij voorbaat een pandrecht zal zijn gevestigd op de nieuw gevormde zaak.⁴⁰ Op grond van de

37 HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 m.nt. W.M. Kleijn (*Keereweer q.q./Sogelease*). Vgl. ook Fesevur 2005, p. 246.

38 HR 18 november 2005, *NJ* 2006, 151 (*BTL Lease/Van Summeren*), rov. 3.5.2

39 Van Maanen 1998, p. 237, Bartels 2007, p. 9 en Spath 2012, p. 330.

40 Mezas 1985, p. 81, Vriesendorp 1985a, p. 108-109, Bartels 2007, p. 9 en p. 18, Spath 2012, p. 330 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 539.

rangorderegels van artikel 3:97 lid 2 BW (jo. art. 3:98 BW) heeft dit eerder gevestigde pandrecht een hogere rang dan het later ten behoeve van de verkoper gevestigde pandrecht. Deze werking van de rangorderegels van artikel 3:97 lid 2 BW is naar mijn mening het eigenlijke pijnpunt dat de gevolgen van zaaksvorming voor de verkoper zo onbevredigend maakt. Ook hiervoor geldt evenwel dat de onmogelijkheid om een pandrecht te bedingen met een effectieve rang geen reden kan zijn om de eigendom toe te wijzen aan de verkoper. Het probleem dient veeleer te worden opgelost op de plaats waar het zich manifesteert, namelijk door een kritische heroverweging van artikel 3:97 lid 2 BW voor dit soort gevallen. Daarop zal in het navolgende nader worden ingegaan, waarbij ook aandacht wordt besteed aan de vergelijkbare problematiek bij de doorverkoop van de verkochte zaak.

7.3 Verlengd eigendomsvoorbehoud

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de mogelijkheden voor de verkoper om het eigendomsvoorbehoud te verlengen tot datgene wat in economisch opzicht in de plaats treedt van de verkochte zaak. Het gaat daarbij in het bijzonder om de nieuw gevormde zaak na zaaksvorming en de doorverkoopvordering die ontstaat als de koper de verkochte zaak doorverkoopt. Allereerst wordt daarbij aandacht besteed aan de mogelijkheden die het Nederlandse recht momenteel biedt tot verlenging van het eigendomsvoorbehoud. Vervolgens wordt een wettelijke verankering van het verlengd eigendomsvoorbehoud bepleit, waarbij wordt voortgebouwd op de rechtvaardiging voor het verlengd eigendomsvoorbehoud, zoals aan de orde is gekomen in hoofdstuk 3.

7.3.1 *Stand van zaken*

De huidige stand van het Nederlandse recht lijkt de verkoper weinig mogelijkheden te bieden om een effectieve aanspraak te verkrijgen ten aanzien van de nieuw gevormde zaak of de koopprijsvordering die ontstaat bij doorverkoop. Als ten gunste van de verkoper bij voorbaat een pandrecht wordt gevestigd, zal dit pandrecht in het gros der gevallen een lagere rang hebben dan het ten gunste van de kredietverschaffende bank gevestigde pandrecht, omdat dit in de regel reeds eerder zal zijn gevestigd. De werking van artikel 3:97 lid 2 BW leidt er dan toe dat het pandrecht van de kredietverschaffende bank een hogere rang heeft.

Het is evenwel niet ondenkbaar dat zich in Nederland een vergelijkbare ontwikkeling voltrekt als in Duitsland, waar de bevoegdheid tot verwerking en vervreemding afhankelijk is van de verkrijging van effectieve zekerheid ten aanzien van de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering.⁴¹ Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, leidt dit tot een patstelling tussen de bank en de leverancier: de koper is slechts bevoegd de zaak te verwerken en te vervreemden, indien de leverancier de hoogste aanspraken verkrijgt ten aanzien van de nieuw

41 Zie over die constructie o.m. Flume 1950, p. 847, Serick 1963, p. 157 e.v., MünchKomm-InsO/Ganter, § 47 InsO, Rn. 119 e.v. en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 55. Zie bijv. BGH 23 mei 1958, NJW 1958, 1281. Vgl. ook Schoordijk 1959, p. 9 die opmerkt dat 'de verkoper niet geacht [kan] worden zijn toestemming ook dan gegeven te hebben voor het geval, dat de doorverkooppenningen eerder reeds aan een bankier gecedeerd zijn.'

gevormde zaak of doorverkoopvordering, terwijl de koper niet in staat is om dat daadwerkelijk te realiseren, omdat hij de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering reeds eerder bij voorbaat tot zekerheid heeft overgedragen c.q. gece-deerd aan de kredietverschaffende bank. De koper schiet dan noodzakelijkerwijze tekort jegens de verkoper, indien hij desondanks zaken onder verlengd eigen-domsvoorbehoud betreft. Als hij de verkochte zaak verwerkt of vervreemdt, ondanks het feit dat hij de verkoper geen effectief vervangend zekerheidsrecht kan bieden, komt hij zijn verplichtingen jegens de verkoper niet na. Hij maakt dan een inbreuk op het eigendomsrecht van de verkoper, door de zaak desondanks te verwerken. Als hij overgaat tot vervreemding van de zaak beschikt hij als beschikkingsonbevoegde over de verkochte zaak, omdat de clausulering van de bevoegdheid tot doorverkoop rechtstreeks doorwerkt in de beschikkingsbevoegdheid van de koper.⁴²

Zoals in hoofdstuk 3 is uiteengezet, is het deze patstelling die de Duitse rechter ertoe heeft bewogen om voorrang te verlenen aan de zekerheidsbehoefte van de verkoper, door de eerdere aanspraak van de bank in strijd met de goede zeden te achten, wanneer zij ten koste gaat van de gerechtvaardigde zekerheidsbelangen van de verkoper. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat het gerechtvaardigd is dat de verkoper de bevoegdheid tot vervreemding afhankelijk maakt van de verkrijging van surrogaatzekerheid, omdat de waarde van de verkochte zaak besloten ligt in de doorverkoopvordering.⁴³ Wanneer de verlenging van het eigen-domsvoorbehoud ook in Nederland gemeengoed wordt, in die zin dat verkopers de bevoegdheid tot verwerking of vervreemding afhankelijk stellen van de verkrijging van een eersterangs pandrecht ten aanzien van de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering,⁴⁴ zullen kredietverschaffende banken op vergelijkbare wijze rekening dienen te houden met de zekerheidsbehoefte van verkopers. Het volharden in de verkrijging van een eersterangs zekerheidsrecht heeft bovendien zijn weerslag op de positie van de koper, die ofwel genoodzaakt is tekort te schieten jegens de verkoper, ofwel niet meer in staat is om zijn bedrijfsactiviteiten nader te ontplooiën. Tegen deze achtergrond is het niet ondenkbaar dat door de rechter een zorgvuldigheidsnorm wordt geformuleerd met de strekking dat de kredietverschaffende bank genoeg dient te nemen met een tweederangs pandrecht, omdat hij rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de verkoper en de koper, aangezien het maatschappelijk niet gerechtvaardigd is dat de bank een eersterangs zekerheidsrecht verkrijgt ten koste van de verkoper, nu

42 HR 14 januari 2011, *NJ* 2012, 88, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Mesdag II*), rov. 3.3.3.

43 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.3. Zie treffend Flume 1959, p. 918: 'Ob der Vorbehaltsverkäufer den Käufer zur Weiterveräußerung ermächtigt, ist ausschließlich seine Sache. Er wahrt nur sein eigenes Recht, wenn er die Veräußerungsermächtigung des Vorbehaltskäufers beschränkt. Etwas ganz anderes ist es dagegen, ob jemand zu Lasten des Berechtigten das durch eine Unterschlagung Erlangte an sich bringt.' Anders dan Schuijling 2016, p. 346 meent, houdt deze rechtspraak geen verband met de omstandigheid dat de zekerheidsverschaffing in Duitsland geschiedt door *Vollrechtsübertragung* in plaats van de vestiging van een zekerheidsrecht. Ook dat kan tot problemen leiden, waartegen naar Duits recht gewaakt wordt d.m.v. het *Übersicherungs*leerstuk. Dat leerstuk strekt er in wezen toe tweederangs zekerheidsrechten mogelijk te maken, doordat een zekerheidsnemer die voldoende zekerheid heeft, verplicht is tot vrijgave van een deel van zijn onderpand. Dat is een ander probleem dan aan de orde bij de *Vertragsbruchlehre*. Zoals in hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.3 uitgebreid is gebleken, gaat het daarbij namelijk niet om de verkrijging van een tweederangs zekerheidsrecht, maar juist om een voorrangpositie die voorgaat boven de aanspraken van de bank. Met andere woorden: het probleem zou zich net zozeer voordoen als de zekerheidsverschaffing in Duitsland zou geschieden door middel van de vestiging van het zekerheidsrecht, hetgeen de stand van zaken van het Nederlandse recht illustreert.

44 Vriesendorp 1985a, p. 99 en Verheul 2014a, p. 141.

een nauwere band bestaat tussen de prestatie van de verkoper en het zekerheids-object en de kredietvoorwaarden van de bank tot gevolg hebben dat de koper inbreuk maakt op het eigendomsrecht van de verkoper.⁴⁵

Het is van belang op te merken dat een dergelijk tweederangs pandrecht voor de bank – anders dan voor de verkoper – niet waardeloos is. De hoogte van de doorverkoopvordering en de waarde van de nieuw gevormde zaak zullen de vordering van de verkoper overstijgen, aangezien de koper in de regel een toegevoegde economische prestatie levert. Het surplus komt dan toe aan de bank, hetgeen ook gerechtvaardigd is, omdat de bank met zijn algemene bedrijfskrediet deze winstmarge heeft gefinancierd. Aldus bewerkstelligt deze oplossing dat zowel verkoper als bank voorrang verkrijgt ten aanzien van dat gedeelte van de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering, dat door hem respectievelijk haar is gefinancierd. Aangezien de vordering van de bank daarentegen de doorverkoopvordering vrijwel altijd zal overstijgen omdat de bank een algemeen krediet verstrekt, zou een tweederangs pandrecht voor de verkoper geen waarde hebben.⁴⁶

7.3.2 *Pleidooi voor wettelijke verankering*

De hiervoor voorgestelde ruimte om door middel van een clausulering van de vervreemdings- en verwerkingsbevoegdheid een rangwisseling te forceren door middel van rechterlijk ingrijpen is niet het ei van Columbus, dat alle hier signaleerde problemen oplost. In de eerste plaats veronderstelt deze ontwikkeling dat leveranciers op grote schaal de vervreemdings- en verwerkingsbevoegdheid afhankelijk maken van de verkrijging van een eersterangs pandrecht, waardoor deze praktijk bestendig wordt en kredietverschaffende banken daarmee rekening moeten houden. Bovendien is niet op voorhand te zeggen dat deze постановing inderdaad tot rechterlijk ingrijpen leidt, in die zin dat een zorgvuldigheidsnorm met een dergelijke strekking wordt geformuleerd. Ook kan het formuleren van een dergelijke zorgvuldigheidsnorm leiden tot rechtsonzekerheid, in het bijzonder wanneer de reikwijdte van deze norm niet aanstonds volledig duidelijk is.⁴⁷

Het zou dan ook de voorkeur verdienen door middel van wettelijk ingrijpen een effectieve verlenging van het eigendomsvoorbehoud mogelijk te maken. Ter onderbouwing daarvan wordt hierna ingegaan op de gebrekkige rechtvaardiging voor de huidige voorrang van de bank, de grondslag voor het toekennen van voorrang aan de verkoper en de wijze waarop dit resultaat zou moeten worden bereikt.

⁴⁵ Zie uitgebreid Verheul 2014a, p. 136-144. Zie ook Spath 2012, p. 333 en – zij het over de boeg van (gedwongen) rangwisseling – Schuijling 2016, p. 347.

⁴⁶ Anders: Schuijling 2016, p. 347-348 die opmerkt dat de verkoper als tweederangs pandhouder voldoende heeft aan het middel van art. 3:234 lid 2 BW. Zolang de *recovery rates* van banken bij executie (ruim) onder de 100% liggen, hetgeen thans het geval is (zie O. Couwenberg & A. de Jong, 'Costs and recovery rates in the Dutch liquidation-based bankruptcy system', *European Journal of Law and Economics* 2008, p. 105-127), heeft de verkoper niets aan deze bepaling.

⁴⁷ Illustratief hiervoor is dat het BGH de *Vertragsbruchlehre* in een grote hoeveelheid uitspraken (zie hoofdstuk 3, voetnoot 244) nader moest omlijnen en vormgeven, alvorens de strekking van die rechtspraak duidelijk werd en de *Vertragsbruchlehre* voor de praktijk hanteerbaar werd.

7.3.2.1 GRONDSLAG VOOR HET PRIORITEITSBEGINSEL EN DE WERKING VAN
ARTIKEL 3:97 LID 2 BW

De regel van artikel 3:97 lid 2 BW heeft bij de meervoudige vestiging van een pandrecht bij voorbaat tot gevolg dat aan het pandrecht met de oudste vestigings-handeling de hoogste rang wordt toegekend. Ogenschijnlijk knoopt artikel 3:97 lid 2 BW daarmee aan bij het prioriteitsbeginsel. Dat is echter niet het geval.

Het prioriteitsbeginsel is een onbetwist goederenrechtelijk beginsel en is in zekere zin ook een kwestie van ijzeren logica.⁴⁸ Het beginsel heeft een tweetal dimensies. In de eerste plaats volgt het prioriteitsbeginsel uit de *nemo-plus*-regel, op grond waarvan niemand meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft.⁴⁹ Als A een aan hem toebehorende zaak aan B overdraagt, verkrijgt B de eigendom. A is vervolgens niet meer beschikkingsbevoegd ten aanzien van de zaak en kan de eigendom dus niet aan C overdragen. De prioriteitsregel ligt aldus besloten in de eis van beschikkingsbevoegdheid, die artikel 3:84 lid 1 BW stelt.⁵⁰ Ten tweede volgt het prioriteitsbeginsel ook uit de derdenwerking of tegenwerpbaarheid aan derden van goederenrechtelijke rechten.⁵¹ Indien A een zaak aan B overdraagt, verwerft B de eigendom van de zaak. B kan vervolgens zijn verkregen eigendomsrecht tegenwerpen aan iedereen, waaronder aan C. Het voorrangrecht (*droit de préférence*) is immanent aan het eigendomsrecht en maakt het tegenwerpbaar aan derden.

Deze twee dimensies zijn keerzijden van dezelfde medaille: B heeft een aan anderen tegenwerpbaar eigendomsrecht, omdat A dat recht niet meer heeft (en andersom). De benadering van het prioriteitsbeginsel als uitvloeisel van de *nemo-plus*-regel, verschilt derhalve niet van de benadering van de prioriteitsregel als uitvloeisel van het recht dat is verkregen, waaraan *droit de préférence* is verbonden. Voor de verkrijging van beperkte rechten geldt hetzelfde.⁵² De prioriteitsregel volgt derhalve uit de omstandigheid dat B iets heeft verkregen, wat A daardoor niet meer heeft en zodoende niet aan een ander kan verschaffen. Daarmee wordt de rangorde uit goederenrechtelijke rechten bepaald aan de hand van het tijdstip van totstandkoming of verkrijging van het desbetreffende recht.

Bij de hier centraal staande kwestie gaat het daarentegen om concurrerende aanspraken bij een vestiging bij voorbaat. Bij de vestiging bij voorbaat (maar ook de levering bij voorbaat) geldt de hiervoor genoemde verklaring voor de voorrang

48 Zie bijv. Lieder 2015, p. p. 218 die opmerkt dat het prioriteitsbeginsel als uitvloeisel van de *nemo-plus*-regel 'evenso trivial wie grundlegend' is. Zie ook Neuner 2003, p. 54-55.

49 Suijling 1940, nr. 82.

50 T.M., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 3.

51 Zo bijv. HR 20 april 1900, *W.* 7435.

52 Indien men de vestiging van een beperkt recht begrijpt als een afsplitsing van de bevoegdheden uit het eigendomsrecht volgt dit uit de *nemo-plus*-regel. Zie S.N. van Opstall, 'Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen', *WPNR* 1966 (4919), p. 383, E.B. Berenschot, J.M. Hoekstra & J.B. Vegter, *Eigendom en beperkte rechten naar BW en NBW*, Deventer: Kluwer 1986, p. 2 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 747. Vgl. ook Neuner 2003, p. 56-57. Wanneer men deze afsplitsingsmetafoor verwerpt, geldt nog steeds dat de beperkt gerechtigde een recht heeft verkregen, dat goederenrechtelijk van aard is, zodat dat tegenwerpbaar is aan latere goederenrechtelijk gerechtigden. In die zin Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 461 en Mollema 2013, p. 133. Bovendien kan ook in een zodanige benadering ter verklaring van de prioriteitsregel nog altijd kan worden teruggegrepen op de *nemo-plus*-regel. Ook wanneer men een beperkt recht niet beschouwt als een recht dat is afgesplitst of afgeleid uit het eigendomsrecht, blijft het beperkt recht immers een recht dat de eigendom bezwaart (art. 3:8 BW). Aldus kan nog steeds worden gezegd dat de eigenaar nog slechts een met het beperkt recht bezwaard eigendomsrecht heeft, waardoor hij ook slechts beschikkingsbevoegd is ten aanzien van de eigendom in de bezwaarde vorm.

van het oudere aanspraak niet. Vanwege de toekomstigheid van de verkrijging is namelijk in het geheel nog geen recht verkregen dat aan derden kan worden tegengeworpen, terwijl daardoor evenmin sprake kan zijn van de toepassing van de *nemo-plus*-regel.⁵³ De voorrangsregel bij de vestiging bij voorbaat van een pandrecht (art. 3:97 lid 2 jo. art. 3:98 BW) vormt dan ook een uitzondering op de algemene goederenrechtelijke prioriteitsregel.⁵⁴ Ondanks het feit dat beide rechten namelijk op hetzelfde moment tot stand komen – en de hierboven besproken werking van de prioriteitsregel dus tot de slotsom zou moeten leiden dat sprake is van een gelijke rang – wordt voorrang verleend aan het recht, ten aanzien waarvan eerder aan de vestigingsvereisten is voldaan. Terwijl voorrang gewoonlijk volgt uit de omstandigheid dat het goederenrechtelijke recht als is verkregen, wordt in dit geval reeds voorrang en daarmee derdenwerking toegekend aan de eerdere vestigingshandeling.⁵⁵

Bedacht moet worden dat de normatieve rechtvaardiging voor de voorrangsregel daarmee zeer beperkt is. De merite van de regel van artikel 3:97 lid 2 BW is met name gelegen in de omstandigheid dat zij ingewikkelde rangordeproblemen voorkomt die zouden kunnen ontstaan bij gebreke van een dergelijke voorrangsregel. Wanneer een zaak tweemaal bij voorbaat is geleverd, zou bij gebreke van artikel 3:97 lid 2 BW, niet goed kunnen worden vastgesteld welke levering bij voorbaat zou resulteren in een overdracht.⁵⁶ Vergelijkbare problemen zouden kunnen ontstaan wanneer bij voorbaat zowel een pandrecht is gevestigd alsook beslag

53 Vgl. M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 403: 'Uit het (...) karakter van de levering bij voorbaat volgt immers tevens dat beschikking bij voorbaat over een toekomstig goed op zichzelf de vervreemder nog niet onbevoegd maakt nogmaals bij voorbaat over dat goed te beschikken.'

54 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 461. Veelal wordt daarentegen geleerd dat de regel in het verlengde ligt van de *nemo-plus*-regel of een daarmee vergelijkbaar resultaat bewerkstelligt. Zo bijv. Jac. Hijma, 'Hollander's Kuikenbroederij', *AA* 1995, p. 708, Hartkamp 2005, p. 124-125, Peter 2007, p. 84 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 315 en nr. 782. Zie ook Schuijling 2016, p. 326-327 die enigszins tegenstrijdig enerzijds opmerkt dat art. 3:97 lid 2 BW een uitvloeisel van de prioriteitsregel is, maar anderzijds constateert dat de *nemo-plus*-regel als verklaring tekortschiet.

55 Vgl. Houwing 1940, p. 27: 'Wie aanneemt, dat er tusschen het tot stand komen van de zakelijke overeenkomst en den eigendomsovergang zakelijke gebondenheid bestaat, kent aan de handelingen van partijen werking jegens derden toe vóór den eigendomsovergang.'

56 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 403. Zie ook Schoordijk 1986, p. 330 die opmerkt dat beide verkrijgers 'quitte zouden staan.' Door sommigen is onder verwijzing naar HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274 (*Teixeira de Mattos*) daarentegen betoogd dat zou moeten worden aangenomen dat überhaupt geen levering tot stand zou zijn gekomen. Zo bijv. H. Drion in zijn noot onder 4 bij Bindend Advies Smits, 10 mei 1966, *NJ* 1968, 275 en Fesevur 2001, p. 505. In dat geval speelde echter een rol dat het object van de levering bij voorbaat onvoldoende bepaald was. Door de wetgever is bij een gelijktijdige inschrijving van akten die tevens op hetzelfde moment zijn verleden, opgemerkt dat men zou kunnen aannemen 'dat in een zodanig geval geen van beide overdrachten rechtsgeldig tot stand komt, omdat ten aanzien van geen van beide op het tijdstip van de inschrijving aan de eis van beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder is voldaan.' Zie M.v. A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1092. Op welke wijze de omstandigheid dat twee leveringsakten zijn opgemaakt – en ingeschreven – een beperking van de beschikkingsbevoegdheid ten gevolge zou kunnen hebben, wordt evenwel niet duidelijk.

wordt gelegd. De regel van artikel 3:97 lid 2 BW dient met name de rechtszekerheid, doordat zij een eenvoudig te hanteren en overzichtelijke regel geeft voor dergelijke conflictsituaties.⁵⁷

Hieruit blijkt ook dat deze regel geen intrinsieke, normatieve rechtvaardiging voor de voorrang van de kredietverschaffende bank vormt ten aanzien van de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering. De regel van artikel 3:97 lid 2 BW is vooral opgenomen om, bij gebreke van een beter alternatief, een hanteerbare regeling te geven.⁵⁸ Daarmee moet eveneens geconcludeerd worden dat er aldus ruimte zou moeten bestaan voor een van artikel 3:97 lid 2 BW afwijkende rangorderegel, voor zover daaraan een betere normatieve rechtvaardiging ten grondslag ligt. Naar mijn mening is dat het geval ten aanzien van de hier besproken conflictsituatie.

7.3.2.2 GRONDSLAG VOOR DE VOORRANG VAN DE VERKOPER

Aan het toekennen van voorrang met betrekking tot de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering aan de verkoper ligt namelijk een overtuigende rechtvaardiging ten grondslag. Daarvoor kan worden teruggegrepen op de bevindingen uit hoofdstuk 3, waarin is gebleken dat de rechtvaardiging daarvoor is gelegen in de omstandigheid dat de door de verkoper bijgedragen waarde na doorverkoop of zaaksvorming besloten ligt in de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering. In alle door mij onderzochte rechtsstelsels is dat een reden om de verkoper ten aanzien van de nieuw gevormde zaak een hoogst gerangschikte aanspraak toe te kennen, terwijl ook overtuigende argumenten pleiten voor een vergelijkbare voorrang ten aanzien van de doorverkoopvordering.⁵⁹

Beslissend is in het bijzonder dat de overige schuldeisers van de koper, waaronder de kredietverschaffende bank, door een dergelijke voorrang niet worden benadeeld indien de aanspraak van de verkoper beperkt blijft tot de door hem bijgedragen waarde. Integendeel, het toekennen van hoger gerangschikte aanspraken aan anderen dan de verkoper zou leiden tot een bevoordeling van die anderen ten koste van de verkoper, omdat zij aldus zouden profiteren van de door de verkoper bijgedragen waardevermeerdering. Met betrekking tot de verkochte zaak zelf achtte de wetgever dit onbevredigend: 'Wie goederen levert, behoort zich hiertegen te kunnen wapenen.'⁶⁰

Hoewel de wetgever dit argument slechts betrok op de verkochte zaak, geldt dit argument evenzeer indien deze waarde besloten ligt in de doorverkoopvordering of nieuw gevormde zaak.⁶¹ Als de koper de aan hem voor € 100,- verkochte zaak

57 Vgl. D.J. van der Kwaak, 'Is levering vervreemding of is beslaglegging levering?', *WPNR* 1996 (6238), p. 685 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 253-256. Zie ook BGH 30 april 1959, *NJW* 1959, 1533 in het kader van de dubbele cessie bij voorbaat: 'Wenn schon die Abtretung künftiger Forderungen mit der h.L. und Rspr. für zulässig erachtet wird – und der Senat findet keinen Grund, hiervon abzugehen –, so gibt es (...) kein anderes dem Gesetz und den Erfordernissen der Rechtssicherheit entspr. Merkmal, um über die Konkurrenz der Abtretungen zu entscheiden, als eben die zeitliche Reihenfolge.'

58 Zie t.a.v. de vergelijkbare problematiek van art. 3:298 BW uitgebreid Snijders 1980, p. 185-192.

59 Zie uitgebreid hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.

60 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

61 Zie Schoordijk 1971, p. 473, voetnoot 50 die om die reden opmerkt dat er veel voor valt te zeggen om deze voorrangpositie ook met betrekking tot de surrogaten te handhaven. Voor de goede orde merk ik op dat dit alleen geldt voor het 'voorrangsargument' en niet voor het 'eigendomsargument' (zie voor dit onderscheid hoofdstuk 2, paragraaf 2.4). Anders: Spath 2012, p. 333 die dit voorrangsargument als grond lijkt te zien voor het toekennen van de eigendom van de nieuw gevormde zaak vrij van beperkte rechten.

doorverkoopt voor € 120,-, valt niet goed in te zien waarom het niet gerechtvaardigd is dat de overige schuldeisers zich op de € 100,- kunnen verhalen als deze waarde nog besloten ligt in de verkochte zaak, maar dit wel zo zou zijn als de waarde besloten ligt in de doorverkoopvordering.⁶² Het probleem is dat de zaaksvorming of doorverkoop wel rechtvaardigt dat de verkoper zijn eigendomsrecht verliest, maar niet rechtvaardigt dat de in de zaak besloten waarde ook wordt herverdeeld, hetgeen het geval is doordat de doorverkoopvordering of nieuw gevormde zaak volledig toekomt aan de koper en diens overige schuldeisers. Daarbij moet bedacht worden dat de verlenging van het eigendomsvoorbehoud niet leidt tot een uitbreiding van de voorrangspositie van de verkoper, maar slechts tot een handhaving van diens reeds bestaande voorrangspositie ten aanzien van een goed dat is verkregen met behulp van de door de verkoper gefinancierde zaak.⁶³

Zolang de aanspraak van de verkoper beperkt blijft tot de daadwerkelijk door hem bijgedragen waarde aan de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering, kan tegen de voorrang van de verkoper niet worden ingebracht dat de overige schuldeisers, in het bijzonder de kredietverschaffende bank, ook hebben bijgedragen aan het mogelijk maken van de doorverkoop en zaaksvorming. Hun bijdrage manifesteert zich dan namelijk in het surplus dat bij zaaksvorming of doorverkoop wordt gegenereerd. Evenmin doorslaggevend is het argument dat de verkoper gewoonlijk wordt afgelost met het door de bank verschaft krediet. De gedachte is daarbij dat de bank de zaaksvorming en de doorverkoop financiert en dat met deze financiering de verkoper kan worden afgelost, waardoor het gerechtvaardigd zou zijn dat de kredietverschaffende bank ook een eersterangs zekerheidsrecht krijgt. Indien met het krediet beoogd is dat de verkoper wordt afgelost, maar dit desondanks niet geschiedt, heeft de kredietverschaffende bank namelijk een verkeerde inschatting gemaakt: ofwel is het verschaft krediet niet voldoende om de verkoper te voldoen, ofwel heeft de kredietnemer het krediet voor andere doeleinden gebruikt. In beide gevallen heeft de kredietverschaffende bank een verkeerde inschatting gemaakt. Als de geldkredietverschaffer desondanks een eersterangs pandrecht zou verkrijgen ten aanzien van de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering, zou hij per saldo in staat zijn om de negatieve gevolgen van zijn verkeerde inschatting af te wentelen op de verkoper, die met deze verkeerde inschatting niets te maken heeft.⁶⁴ Ook als de bank erop speculeert dat de verkoper wordt afgelost met het door hem beschikbaar gestelde krediet, behoeft dit niet in de weg te staan aan het toekennen van een hoger gerangschikte aanspraak aan de verkoper. Zodra de verkoper namelijk wordt voldaan, verkrijgt de bank alsnog een zekerheidsrecht met de hoogste rang, terwijl het niet goed valt in te zien waarom de verkoper het risico zou moeten dragen dat de koper het door de bank met dat doel verschaft krediet voor andere doeleinden gebruikt, als de bank daarop speculeert.

⁶² Vgl. Sagaert 2003, p. 135.

⁶³ Zie Flume 1950, p. 842: '[D]er Vorbehaltsverkäufer sichert sich nur das, was ihm im Verhältnis zum Vorbehaltskäufer auch zukommt. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt ist nur das Korrelat dazu, daß der Vorbehaltsverkäufer auf die Zug-um-Zug-Lieferung verzichtet hat.' Vgl. ook Verstijlen 2006, p. 1191.

⁶⁴ Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.5, waar is gebleken dat dit in de Verenigde Staten een belangrijk argument is om aan het zekerheidsrecht van de verkoper een supervoorrang toe te kennen, zij het dat die gedachte nogal inconsequent niet wordt doorgetrokken naar de doorverkoopvorderingen als *proceeds* van de verkochte zaak.

Als het eigendomsvoorbehoud derhalve nog bestaat op het moment dat de zaaksvorming of doorverkoop plaatsvindt, blijkt duidelijk dat de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering in werkelijkheid niet uitsluitend door de kredietverschaffende bank wordt gefinancierd, maar tevens door de verkoper, in de vorm van de waarde van de verkochte zaak die hij bijdraagt door middel van het leverancierskrediet. Om die reden kan tegen de erkenning van een effectief verlengd eigendomsvoorbehoud ook niet worden ingebracht dat dit kan leiden tot een verminderde bereidheid van banken om krediet te verschaffen, althans tegen hogere tarieven.⁶⁵ Ook als veronderstellenderwijs namelijk wordt aangenomen dat dit inderdaad het geval is, zou dat de tegen de achtergrond van het voorgaande geen verkeerde ontwikkeling zijn. Kennelijk gaat de geldkredietverschaffer er namelijk van uit dat hij de zaaksvorming en de doorverkoop financiert, terwijl zij in werkelijkheid (mede) gefinancierd worden door de verkoper. Er wordt derhalve door twee partijen krediet verleend ten behoeve van de realisatie van hetzelfde zekerheidsobject. En aangezien dit zekerheidsobject voor wat betreft de waarde van de verkochte zaak wordt gefinancierd door de verkoper, verschaft de bank krediet op basis van verkeerde veronderstellingen, namelijk dat hij de zaaksvorming en doorverkoop geheel mogelijk maakt. Aangezien de veronderstellingen die ten grondslag liggen aan de kredietverschaffing derhalve niet juist zijn, zou het niet onverstandig zijn wanneer de bank inderdaad geen krediet meer zou verschaffen op basis van deze aannames.⁶⁶

7.3.2.3 NADERE UITWERKING

Het waarde-argument vormt derhalve een overtuigende rechtvaardiging voor de voorrangspositie van de verkoper ten aanzien van de doorverkoopvordering en de nieuw gevormde zaak. Een nadere onderbouwing wordt bovendien geboden door het zaaksvervangingsleerstuk.

Van belang is in de eerste plaats te constateren dat de herverdeling van de waarde bij zaaksvorming en doorverkoop leidt tot een verrijking van de koper en diens overige schuldeisers ten koste van de verkoper. De eigendomsverkrijging bij zaaksvorming wordt weliswaar gerechtvaardigd door de omstandigheden die hiervoor zijn genoemd in het kader van de toepassing van artikel 5:16 BW, maar de daarmee gepaard gaande herverdeling van de waarde wordt niet door artikel 5:16 BW gerechtvaardigd, omdat de bepaling voornamelijk een ordenend karakter heeft.⁶⁷ Bij de doorverkoop kan worden betwijfeld of de verrijking die plaatsvindt ook ongerechtvaardigd is, vanwege het feit dat de verkoper toestemming heeft gegeven voor de doorverkoop. Duidelijk is in ieder geval dat de vermogenstoename van de koper onlosmakelijk samenhangt met de vermogensafname van de verkoper, terwijl de verkoper bovendien niet in staat is om zelf op effectieve wijze zorg te dragen voor de ongedaanmaking van deze vermogensverschuiving.

⁶⁵ Zo echter Schuijling 2016, p. 347.

⁶⁶ Vgl. Flume 1950, p. 843: 'Die Doppelkreditierung ist ein Zeichen ungesunder Kreditwirtschaft.'

⁶⁷ M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 833. Vgl. Snijders 2001, p. 7 en Spath 2010, p. 134-135. Zie ook het oorspronkelijke art. 5.2.14 O.M., dat vanwege de overlap met art. 6:212 is geschrapt. Zie V.V. II., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 113-114.

Aan een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking heeft de verkoper evenwel weinig als alternatief voor zijn koopprijsvordering. Met het eigendomsvoorbehoud heeft de verkoper namelijk een goederenrechtelijke aanspraak op het moment dat zijn verbintenisrechtelijke aanspraak – de vordering tot voldoening van de verschuldigde tegenprestatie – niet voldoet. Het verlenen van een nieuwe verbintenisrechtelijke aanspraak aan de verkoper als compensatie voor zijn goederenrechtelijke aanspraak zou in dat kader zinloos zijn. Het is dan ook wenselijk dat het goederenrechtelijk rechtsverlies van de verkoper op goederenrechtelijke wijze wordt gecompenseerd.⁶⁸

Zaaksvervanging is een middel waarmee een ongerechtvaardigde verrijking op goederenrechtelijke wijze kan worden voorkomen.⁶⁹ Daar waar een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving achteraf ongedaan maakt, bewerkstelligt zaaksvervanging door het continueren van de goederenrechtelijke aanspraak ten aanzien van een nieuw object dat een ongerechtvaardigde verrijking überhaupt intreedt.⁷⁰ Spath omschrijft als gemene deler van zaaksvervanging de ‘bescherming van een goederenrechtelijke positie in situaties waarin een recht zonder toepassing van zaaksvervanging teniet zou gaan.’⁷¹ Het gaat er daarbij in het bijzonder om te voorkomen dat een ander van dit rechtsverlies zou profiteren, doordat de in dat recht besloten waarde door het rechtsverlies aan die ander zou toekomen.⁷² Aldus leidt zaaksvervanging ertoe dat de goederenrechtelijke aanspraak wordt gehandhaafd ‘op de tegenwaarde van haar oorspronkelijke object wanneer dat oorspronkelijke object in natura is onttrokken aan het zakelijk recht.’⁷³

Illustratief voor de remediërende functie van zaaksvervanging is de werking van artikel 3:229 BW. Op grond van die bepaling brengt een pand- of hypotheekrecht op een goed, van rechtswege een pandrecht mee op alle vorderingen tot vergoeding, die in de plaats van het verbonden goed treden. Een dergelijk pandrecht gaat boven ieder ander op de vordering gevestigd pandrecht. Daaraan ligt blijkens de toelichting ten grondslag dat iemand die bij voorbaat een pandrecht heeft bedongen op alle toekomstige bedragsvorderingen, niet zou moeten kunnen profiteren van het onverwachte voordeel van een pandrecht op een vordering tot schadevergoeding, wanneer dit ten koste gaat van degene wiens zekerheidsrecht rustte op de zaak waarvoor de vordering in de plaats is getreden.⁷⁴ Zoals hiervoor

68 Vgl. Spath 2010, p. 133.

69 Zie over het verband tussen ongerechtvaardigde verrijking en zaaksvervanging i.h.b. Sagaert 2003, p. 51 e.v. en Spath 2010, p. 127 e.v.

70 Wolf 1975, p. 644, Hammerstein 1977, p. 77, Sagaert 2003, p. 58 en Spath 2010, p. 129. Vgl. ook Langemeijer 1927, p. 143-144. Aangezien zaaksvervanging derhalve slechts strekt tot het handhaven van een reeds bestaande (prioritaire) aanspraak ten aanzien van een ander object, kan niet gezegd worden dat hiermee de *paritas creditorum* wordt doorbroken. Zo evenwel Hammerstein 1977, p. 97, H.C.F. Schoordijk, *Tracing, constructive trust, ongegronde verrijking, zaaksvervanging*, Deventer: Kluwer 1991, p. 8 en M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Leiden: [s.n.] 1997, p. 153-154. Integendeel, het ontbreken van zaaksvervanging ter bescherming van de aanspraak zou leiden tot een doorbreking van de *paritas creditorum*, omdat aldus een wijziging zou worden aangebracht in de verhouding tussen de verschillende schuldeisers. Zie D. Strauch, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, Bielefeld: Gieseking 1972, p. 175, Sagaert 2003, p. 111-113 en Spath 2010, p. 152.

71 Spath 2010, p. 135.

72 Vgl. Hammerstein 1977, p. 77 en Spath 2010, p. 125 die opmerkt dat de ‘specifieke onbillijkheid die men ervaart in gevallen waar zaaksvervanging wordt toegepast, (...) niet zozeer [is] dat een recht van de een teniet dreigt te gaan, maar met name dat een ander op grond van dezelfde feiten en zonder nadere rechtvaardiging een recht met een hogere waarde verkrijgt, als zaaksvervanging niet wordt toegepast.’

73 Sagaert 2003, p. 6.

74 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 736.

aan de orde kwam, gelden vergelijkbare argumenten voor de voorrang van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud boven de kredietverschaffende bank met betrekking tot doorverkoopvorderingen en de nieuw gevormde zaken. Geconcludeerd kan dan ook worden dat zowel met betrekking tot de doorverkoopvordering als ten aanzien van de nieuw gevormde zaak voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden voor zaaksvervangings.⁷⁵

Het Nederlandse recht is evenwel uiterst terughoudend met het toekennen van vervangingsaanspraken, in het bijzonder ten aanzien van doorverkoopvorderingen.⁷⁶ Onder het oude recht was dat (iets) minder het geval. Zo kon de onbetaald gebleven verkoper door middel van het verlengd reclamerecht (art. 1192a lid 2 BW (oud)) de koopprijs die de afnemer verschuldigd was aan de eerste koper 'tot aan het beloop zijner rekening voor zich vorderen.'⁷⁷ In geval van faillissement kon de verkoper het verlengd reclamerecht op grond van artikel 238 lid 2 WvK ook uitoefenen wanneer de koopprijs inmiddels was geïnd, voor zover geen vermenigting met de failliete boedel had plaatsgevonden.⁷⁸ Zoals in hoofdstuk 3 al werd aangestipt, lag aan dit verlengd reclamerecht de gedachte ten grondslag dat voorkomen moet worden dat de opbrengst aan anderen dan de onbetaald gebleven verkoper ten goede kwam.⁷⁹ Uit deze strekking leidde de Hoge Raad dan ook af

⁷⁵ Zie ook Spath 2010, p. 263 en p. 281-284 die zaaksvervangings t.a.v. doorverkoopvorderingen bepleit, alhoewel zij dit lijkt te beperken tot de situatie waarin de koper de verkochte zaak als beschikkingsonbevoegde vervreemdt. Dit is mogelijk ingegeven door haar standpunt dat voor zaaksvervangings slechts plaats is wanneer de gerechtigde geen invloed heeft op verlies van zijn recht, hetgeen ongetwijfeld samenhangt met de vraag of bij bevoegde vervreemding wel sprake is van een *ongerechtvaardigde* verrijking. Zie Spath 2010, p. 217. In die richting ook Langemeijer 1927, p. 145 en Hammerstein 1977, p. 88. Bij vervreemding door een onbevoegde is dat in ieder geval een gegeven. Zie Nota II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1226, M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 833 en J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking* (diss. Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001), p. 586-588. Een pleidooi voor zaaksvervangings ten aanzien van doorverkoopvorderingen in geval van vervreemding door een beschikkingsonbevoegde werd reeds gehouden door Naber 1915, p. 322-323 en Langemeijer 1927, p. 151. Zie evenwel ook G.E. Langemeijer, 'Boekbespreking', *WPNR* 1978 (5445), p. 510. Anders: Wolf 1975, p. 646 en Hammerstein 1977, p. 88. De beperking tot vervreemding door een beschikkingsonbevoegde lijkt met name ingegeven door het ontbreken van de noodzaak om in te grijpen als de rechthebbende voor zijn eigen belangen kan opkomen. Het komt mij voor dat ook in gevallen van vervreemding met toestemming de rechthebbende niet altijd voor zijn belangen kan opkomen. In het hier aan de orde zijnde geval heeft de verkoper niet de *effectieve* mogelijkheid om te komen voor zijn eigen belangen, terwijl het verbieden van die vervreemding in het belang van niemand is. Zie ook Sagaert 2003, p. 598 die opmerkt dat onverschillig moet zijn of de vervreemding al dan niet met toestemming heeft plaatsgevonden. Zie voor zaaksvervangings bij zaaksvorming ook Sagaert 2003, p. 541 die in een vergelijkbare situatie de geschiktheid van zaaksvervangings bij zaaksvorming aanvaardt, omdat – ondanks het feit dat de zaak als zodanig niet meer aanwezig is – de waarde van de zaak nog aanwezig is in het vermogen van de zaaksvormer en een andersluidende opvatting zou leiden tot een bevoordeling van de zaaksvormer en diens schuldeisers.

⁷⁶ Zie Spath 2010, p. 254-259. Vgl. ook Sagaert 2003, p. 603 die spreekt van 'excessieve rigiditeit'.

⁷⁷ Zie over deze figuur met name Fikkers 1992, p. 45-62.

⁷⁸ H. Trostorff, *Reclame of terugvordering in zaken van koophandel* (diss. Leiden), Rotterdam: Wijst & Zonen 1861, p. 87, W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1923, p. 156 en Langemeijer 1927, p. 123. Enigszins anders: Van Raalte 1886, p. 144, L.E. Visser, *Beginnelsen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet. Derde deel. Handelsverbintenissen uit overeenkomst*, 's-Gravenhage: Belinfante 1914, p. 92 en M. Polak, *Handboek voor het Nederlandsche handels- en faillissementsrecht*, Groningen: Wolters 1922, p. 260-261.

⁷⁹ Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.2. Zie bijv. HR 25 juni 1954, *NJ* 1955, 685 m.nt. D.J. Veegens (*Doorverkochte rogge*), waarin wordt overwogen 'dat aan art. 1192a, tweede lid, ten grondslag ligt, dat voor zover dit redelijkerwijs mogelijk is, moet worden voorkomen, dat de opbrengst van roerende goederen, (...), aan derden ten goede komt, zolang de oorspronkelijke verkoper niet is gekwetend.'

dat dit verlengd reclamerecht voorging boven een eerdere cessie (tot zekerheid) bij voorbaat van de desbetreffende kooprijvordering.⁸⁰ De regel van artikel 1192a lid 2 BW (oud) kon daarmee worden beschouwd als een toepassing van het zaaksvervangingsleerstuk.⁸¹

Oorspronkelijk was voorzien dat het verlengd reclamerecht zou terugkeren in het Nieuw BW, zij het in een wat andere vorm. Artikel 7.1.8.5 OM bepaalde dat de verkoper door een schriftelijke tot de derde en de koper gerichte verklaring de vordering tot voldoening van deze prestatie tot ten hoogste het beloop van de hem nog verschuldigde prijs op zich kon doen overgaan. In 1986 is het artikel alsnog geschrapt, omdat het niet goed zou passen in het stelsel van het nieuwe wetboek. Ter onderbouwing wordt aangevoerd dat artikel 3:229 BW en artikel 3:283 BW ook geen aanspraken ten aanzien van kooprijvorderingen geven. In de tweede plaats wordt opgemerkt dat complicaties zouden kunnen optreden indien het verlengd eigendomsvoorbehoud zou botsen met een cessie of verpanding (al dan niet bij voorbaat) van de desbetreffende vordering. Tot slot wordt gesteld dat 'moet worden bedacht dat ook aan de verkoper die zich de eigendom van het verkochte heeft voorbehouden (...) niet een recht als bedoeld in artikel 7.1.8.5 toekomt.'⁸²

Geen van de genoemde argumenten overtuigt. Het eerstgenoemde argument had net zo goed aanleiding kunnen zijn om artikel 3:229 BW in die zin te wijzigen, dat een pandrecht zich ook zou uitstrekken tot kooprijvorderingen.⁸³ Daarvoor bestaan goede argumenten, omdat de kooprijvordering de tegenwaarde vormt van het object van het pandrecht.⁸⁴ Oorspronkelijk bepaalde ook artikel 3:283 BW dat een voorrecht op een bepaald goed zich uitstrekt over de vordering tot betaling van de koopprijs die in de plaats van dat goed is getreden.⁸⁵ Ook die zaaksvervangingsregel is in de loop van het wetgevingsproces echter gesneuveld. Ook daarvoor werd aangevoerd dat artikel 3:229 BW zich evenmin uitstreckte tot dergelijke vorderingen.⁸⁶ Voorts merkte de Commissie-Houwing op dat de bepaling tot moeilijkheden zou kunnen leiden, met name bij de bepaling van de koopprijs indien een pluraliteit van goederen verkocht is.⁸⁷ Bovendien zou het bezwaarlijk zijn dat het artikel in geval van ruil niet zou kunnen worden toegepast.⁸⁸ Ook deze argumenten overtuigen niet. Zo kan de omstandigheid dat een regel zich in meer ingewikkelde, maar niet vaak

80 HR 25 juni 1954, *NJ* 1955, 685 m.nt. D.J. Veegens (*Doorverkochte rogge*).

81 Langemeijer 1927, p. 123-124, E.M. Meijers, 'De uitbanning der kooplieden en der handelsdaden uit ons recht', *WPNR* 1935 (3394), p. 15, A.M. Biegan-Hartogh, *Ongegronde verrijking* (diss. Leiden), Assen: Van Gorcum 1971, p. 39, Hammerstein 1977, p. 164 en Sagaert 2003, p. 603 en p. 691. Anders – veelal omdat dit niet zou overeenstemmen met de uitkomst uit het arrest *Doorverkochte rogge* – L.J. Hijmans van den Bergh in diens noot onder HR 25 juni 1954, *AA* 1954-1955, p. 243, Fesevur 1979, p. 51-52 en Fikkers 1992, p. 47-50 en p. 53-57. De gedachte van zaaksvervangingsluit daarentegen juist uitermate goed aan bij de uitkomst in het *Doorverkochte rogge*-arrest. Zie Sagaert 2003, p. 602. Zaaksvervangingsluit – vanwege haar ratio – immers voorrang boven iedere beschikkingshandeling ten aanzien van het goed waarop de zaaksvervangingsbetrekking heeft. Of anders gezegd: de begunstigde van zaaksvervangingsluit verkrijgt het object rechtstreeks, zonder dat het goed het vermogen van een derde (i.c. de wederverkoper) passeert. Zie Wolf 1975, p. 644, Sagaert 2003, p. 82 en p. 667-669 en Spath 2010, p. 293.

82 *Parl. Gesch. Boek 7 BW* (Inv. 3,5 en 6), p. 290.

83 Spath 2010, p. 256. Vgl. ook Sagaert 2003, p. 603.

84 Hammerstein 1977, p. 95: 'Het recht op de koopsom is de meest directe tegenwaarde van een goed die denkbaar is.' Zie ook Sagaert 2003, p. 603 en Spath 2010, p. 259 en p. 263.

85 O.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 864.

86 N.v.W., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 864-865.

87 *Rapport van de commissie bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 87.

88 *Rapport van de commissie bevoorrechtiging van vorderingen* 1974, p. 87.

voorkomende situaties complicaties kan opleveren, geen reden zijn om die regel te schrappen, indien zij in het gros van de gevallen tot een bevredigend resultaat leidt.⁸⁹ Voorts zijn de problemen niet zodanig ingewikkeld, dat zij niet in de praktijk zouden kunnen worden opgelost.⁹⁰

Ook de omstandigheid dat de toepassing van het verlengd reclamerecht tot complicaties zou kunnen leiden, indien de doorverkoopvordering bij voorbaat wordt gecedeerd of daarop bij voorbaat een pandrecht zou zijn gevestigd, kan geen argument voor schrapping zijn. In het *Doorverkochte rogge*-arrest had de Hoge Raad dit conflict immers – in lijn met de ratio van het verlengd reclamerecht – reeds ten gunste van de onbetaald gebleven verkoper beslecht, zodat het voor de hand zou liggen dit voor het Nieuw BW ook aan te nemen.⁹¹ Tot slot is het argument dat de verkoper die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen evenmin een recht als bedoeld in artikel 7.1.8.5 OM zou hebben, evenmin overtuigend, hoewel de strekking van de opmerking niet erg duidelijk is. Wanneer daarmee bedoeld is dat het eigendomsvoorbehoud zich niet uitstrekt tot doorverkoopvorderingen, had dit net zo goed reden kunnen zijn om ook het verlengd eigendomsvoorbehoud, zoals hier wordt bepleit, wettelijk te verankeren. Bovendien kan een verkoper met een eigendomsvoorbehoud wel degelijk (ook) een beroep doen op het recht van reclame, zodat hij bij handhaving van artikel 7.1.8.5 OM ook zou profiteren van het verlengd reclamerecht.⁹²

Hoewel het zaaksvervangingleerstuk nader kan onderbouwen waarom het gerechtvaardigd is dat de verkoper de hoogste aanspraken verkrijgt met betrekking tot de doorverkoopvordering en de nieuw gevormde zaak, is een regelrechte toepassing van dit leerstuk niet aangewezen. Zaaksvervanging voltrekt zich van rechtswege, terwijl niet goed valt in te zien waarom de verkoper een prioritaire aanspraak zou moeten verkrijgen, als hij zich daarvoor zelf niet inzet of dat niet wil. Daarnaast moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat het eigendomsvoorbehoud na verlenging een functiewijziging ondergaat.⁹³ Zaaksvervanging leidt tot continuering van een bepaalde aanspraak met betrekking tot een daarvoor in de plaats tredend voorwerp. Het continueren van het eigendomsrecht van de verkoper op de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering zou zich

89 Vgl. Spath 2010, p. 257.

90 Hammerstein 1977, p. 165, Van der Beek 1988, p. 85, Sagaert 2003, p. 605 en Spath 2010, p. 257. Zie bijv. BGH 11 juni 1959, *NJW* 1959, 1681.

91 Vgl. Mezas 1985, p. 153 en Van der Beek 1988, p. 85.

92 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 282, Reehuis 1987, p. 269, Van der Beek 1988, p. 86 en Fikkers 1992, p. 52-53 en p. 298.

93 Zie uitgebreid hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.1. Ook bij het verlengd reclamerecht is sprake van een vergelijkbare functieverandering. Terwijl de reclamerende verkoper zolang de zaak nog bij de koper aanwezig is, in staat is om zijn eigen prestatie terug te krijgen, verschiet het reclamerecht van kleur zodra de koper de zaak heeft doorverkocht. Door middel van het verlengd reclamerecht bewerkstelligt de verkoper immers niet dat hij zijn eigen prestatie terugkrijgt, maar verhaalt hij zich voor de kooprijksvordering op de vordering die de koper op diens afnemer heeft verkregen. Zie voor deze functieverandering Naber 1915, p. 239 en Langemeijer 1927, p. 124. Vgl. ook Asser/Schut 5-I 1981, p. 253 die onderscheidt tussen het terugvorderingsrecht en het inningsrecht. Het lijkt erop dat Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 618 deze functieverandering juist ziet als argument dat schrapping van het verlengd reclamerecht rechtvaardigt.

niet verdragen met het feit dat de verkoper met een verlengd eigendomsvoorbehoud nog slechts een zekerheidsbelang heeft. Het continueren van het eigendomsrecht zou daarmee op gespannen voet komen te staan met het fiduciaverbod, terwijl dit ten aanzien van de nieuw gevormde zaken bovendien zou leiden tot een doorkruising van de keuze van de wetgever die besloten ligt in artikel 5:16 lid 2 BW.⁹⁴

Het verdient derhalve de voorkeur om het verlengd eigendomsvoorbehoud wettelijk aldus te verankeren als een toekenning van een supervoorrang aan een door de verkoper bedongen pandrecht met betrekking tot de doorverkoopvordering of nieuw gevormde zaak.⁹⁵ Deze supervoorrang wordt gerechtvaardigd door de in paragraaf 7.3.2.2 genoemde argumenten, terwijl het (daarmee samenhangende) zaaksvervangingsleerstuk deze supervoorrang een nadere onderbouwing verschaft.⁹⁶ Door het verlengd eigendomsvoorbehoud aldus vorm te geven dat een door de verkoper bedongen pandrecht op de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering boven ieder ander gevestigd pandrecht gaat, wordt bewerkstelligd dat de voorrang van de verkoper alleen dan wordt bereikt, indien de verkoper zijn aanspraken ook daadwerkelijk wil verlengen. Aangezien deze supervoorrang een compensatie vormt voor de waarde die de verkoper heeft bijgedragen aan het ontstaan van de doorverkoopvordering of nieuw gevormde zaak, dient deze supervoorrang niet verder te strekken dan de daadwerkelijk door de verkoper bijgedragen waarde in de desbetreffende zaak of vordering.⁹⁷ De omvang van de vordering waarvoor het pandrecht met supervoorrang tot zekerheid strekt wordt dus bepaald door de daadwerkelijk door de verkoper gecontribueerde waarde. Aldus wordt enerzijds voorkomen dat de zaaksvorming of doorverkoop leidt tot een bevoordeling van de koper en diens schuldeisers, maar wordt anderzijds evenzeer voorkomen dat de koper en diens schuldeisers door de verlenging van het eigendomsvoorbehoud in de vorm van een pandrecht met supervoorrang worden benadeeld.

7.3.3 Een bijzonder geval: verzekeringspenningen

Ogenschoonlijk verwant met de hiervoor behandelde problematiek is de vraag of de verkoper aanspraak kan maken op eventuele verzekeringspenningen, indien de zaak door de koper is verzekerd en het risico dat de verzekeraar op zich heeft genomen, zich verwezenlijkt. Wanneer de verkochte zaak – bijvoorbeeld door brand – beschadigd raakt of verloren gaat, en de koper deze zaak heeft verzekerd, zal de koper zijn verzekering kunnen aanspreken tot uitkering van de verzekerde som. Het is de vraag of (het wenselijk is dat) de verkoper in een dergelijk geval aanspraak kan maken op deze verzekeringspenningen. Door

⁹⁴ Vgl. Spath 2010, p. 134.

⁹⁵ Volledigheidshalve merk ik op dat daarmee niet bedoeld is te zeggen, dat bij zaaksvervanging altijd slechts een recht van voorrang met betrekking tot het surrogaat zou (moeten) worden verkregen, welke visie door Sagaert 2003, p. 668 terecht wordt bekritiseerd. In dit geval noopt de functie van het eigendomsvoorbehoud tegen de achtergrond van het fiduciaverbod echter tot de vormgeving van het verlengd eigendomsvoorbehoud als een supervoorrang verbonden aan een (door de verkoper bedongen) pandrecht.

⁹⁶ Zie Sagaert 2003, p. 113 die opmerkt dat zaaksvervanging neutraal is in haar werking. Zoals in hoofdstuk 3 uitgebreid aan de orde is gekomen, is de neutraliteit van het eenvoudig en verlengd eigendomsvoorbehoud ook de rechtvaardigende omstandigheid van de figuur ten opzichte van de overige schuldeisers van de koper.

⁹⁷ Vgl. bij zaaksvervanging Sagaert 2003, p. 704-712 en Spath 2010, p. 244-250, die opmerken dat zaaksvervanging beperkt moet blijven tot de waarde van het oorspronkelijke goed.

Jansen is op overtuigende wijze uiteengezet dat de ratio van artikel 3:229 BW – het voorkomen dat een ander zou profiteren van het onverwachte voordeel van een pandrecht op de verzekeringspenningen – evenzeer opgeld doet indien het gaat om een onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak, zodat het aanbeveling zou verdienen een met artikel 3:229 BW vergelijkbare regel voor eigendomsvoorbehoud te geven, in die zin dat verkoper een pandrecht zou moeten verkrijgen op de vordering die de koper verkrijgt op zijn verzekeraar.⁹⁸ Een dergelijke overeenkomstige toepassing bestaat momenteel slechts op grond van artikel 7:80 lid 4 BW bij een consumentenkredietovereenkomst en slechts in geval van volledig tenietgaan van de verkochte zaak. Op vergelijkbare gronden kent ook de DCFR aan de verkoper die een eigendomsvoorbehoud is bedongen van rechtswege een aanspraak met supervoorrang toe met betrekking tot verzekeringspenningen (art. IX.-2:306 DCFR jo. art. IX.-4:105 DCFR).⁹⁹ Een hobbeldie men in een zodanig geval wel zou moeten nemen, is dat de koper ondanks het feit dat hij nog geen eigenaar is van de verkochte zaak, wel het volledige eigenaarsbelang zou kunnen verzekeren. Slechts dan is de verkoper daadwerkelijk geholpen met zijn met de toepasselijkheid van artikel 3:229 BW op dit geval.¹⁰⁰

Niettemin behoeft de verkoper ondanks het ontbreken van een met artikel 3:229 BW vergelijkbare bepaling voor het eigendomsvoorbehoud niet met lege handen te staan indien de verkochte zaak beschadigd raakt of tenietgaat. Indien een kostbare zaak onder eigendomsvoorbehoud wordt overgedragen, doet de verkoper er goed aan de koper te verplichten om een verzekering af te sluiten voor de desbetreffende zaak. Er kan immers slechts een vordering op de verzekeraar ontstaan, ten aanzien waarvan de verkoper rechten geldend zal willen maken, indien de zaak verzekerd is. Een dergelijke verplichting komt dan ook geregeld voor in koopovereenkomsten met een eigendomsvoorbehoud.¹⁰¹ Als de verkoper een dergelijke verzekeringsplicht oplegt, is het aanbevelenswaardig om te bedingen dat de koper de verkochte zaak (mede) ten behoeve van de verkoper verzekert. Als gevolg daarvan is ook het belang van de verkoper bij behoud van de zaak verzekerd. Aldus wordt bewerkstelligd dat de verkoper een zelfstandig recht krijgt op uitkering jegens de verzekeraar, indien het verzekerde risico zich verwezenlijkt.¹⁰² Niet altijd is daarvoor noodzakelijk dat uitdrukkelijk ook het belang van de verkoper wordt meeverzekerd. Ook denkbaar is dat reeds uit de omstandigheid dat de koper – al dan niet uit zichzelf – een verzekering afsluit voor het eigenaarsbelang moet worden afgeleid dat de verzekering (mede) het belang van de verkoper dekt, omdat laatstgenoemde tot vervulling van de voorwaarde eigenaar blijft van de verkochte zaak, in het bijzonder wanneer de premie is

98 J.E. Jansen, 'Het eigendomsvoorbehoud en art. 3:229 BW', *TvI* 2012, p. 134-139.

99 Zie Von Bar & Clive 2009, p. 5568.

100 Gelet op het feit dat het eigenaarsbelang samenvalt met het aansprakelijkheidsbelang van de koper en dit aansprakelijkheidsbelang ook onder de dekking van een zaakverzekering kan worden gebracht, lijkt dit inderdaad mogelijk. Zie hierna in voetnoot 108 en de bijbehorende hoofdtekst. Meer moeilijkheden levert dit op bij de gerechtigdheid tot schadevergoedingsvorderingen jegens derden. Zie daarover het slot van paragraaf 8.5.4 van hoofdstuk 8.

101 Zie bijv. art. 8 van de modelhuurkoopovereenkomst opgesteld door H.J. Snijders, *Modellen voor de rechtspraak*, nr. I.7A.5A.15. Vgl. Mezas 1985, p. 51.

102 Salomons 1996, p. 384 en Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 389.

afgestemd op het eigenaarsbelang en het voor de verzekeraar in wezen onverschillig is aan wie moet worden uitgekeerd.¹⁰³ In de verzekering van het eigenaarsbelang ligt dan een afwijking van artikel 7:946 BW besloten. Bovendien bieden sommige polissen ook automatisch dekking voor zaken die aan anderen toebehoren, zodat niet nodig is dat uitdrukkelijk ook het belang van de verkoper wordt meeverzekerd.¹⁰⁴ In al deze gevallen dekt de verzekering die de koper heeft afgesloten niet alleen het belang van de koper, maar ook het belang van de verkoper bij behoud van de zaak.

Op het eerste gezicht zou men kunnen betwijfelen of de verkoper wel een verzekeraar belang bij de verkochte zaak heeft. Aangezien het risico van de zaak vanaf de aflevering voor de koper is (art. 7:10 lid 1 BW),¹⁰⁵ blijft de koper ook na beschadiging of tenietgaan van de zaak gehouden de verschuldigde tegenprestatie te voldoen. Daarmee lijkt de vermogenspositie van de verkoper niet te worden getroffen door het onzekere voorval, waarvoor de verzekering dekking biedt. Toch is dat niet het geval. Het eigendomsvoorbehoud en de voorbehouden eigendom beschermen de verkoper tegen de risico's van niet-betaling door de koper. Indien de koper de verschuldigde tegenprestatie niet voldoet, kan de verkoper de koopovereenkomst ontbinden en de verkochte zaak terugnemen. Omdat de verkoper zijn eigendomsrecht heeft behouden, is de ongedaanmaking op goederenrechtelijke wijze gegarandeerd, doordat hij de zaak als eigenaar kan opvorderen. Als de verkochte zaak tenietgaat, verliest de verkoper weliswaar niet de mogelijkheid om de koper tot betaling aan te spreken, maar wel de gegarandeerde mogelijkheid om de ongedaanmaking af te dwingen door middel van zijn revindicatievordering. Het verzekeraar belang van de verkoper is derhalve gelegen in de omstandigheid dat hij wil kunnen teruggrijpen op de verkochte zaak, indien de koper niet in staat blijkt de verschuldigde tegenprestatie te voldoen.¹⁰⁶

Dit belang is afdoende om als verzekeraar belang te kwalificeren, mede gelet op de soepele invulling die in de literatuur en rechtspraak aan dit begrip wordt gegeven.¹⁰⁷ Het verzekeraar belang van de koper is gelegen in zijn belang bij behoud van de zaak, omdat hij eigenaar wordt c.q. zou worden als hij de verschuldigde

103 Vgl. Bloembergen 1965, p. 272-273, voetnoot 6, Asser/Clausing & Wansink 5-VI 1998, nr. 196 en Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 377 en 382. Zie voor deze benadering naar Oostenrijks en Duits recht hierna in voetnoot 109 en 112 en de begeleidende hoofdstuktekst. Uit HR 11 mei 2001, *NJ* 2001, 364 volgt niets anders, nu in dat geval juist uitdrukkelijk enkel het (aansprakelijkheids)belang van de lessee als verzekeringnemer was verzekerd. Uit het arrest blijkt dan ook enkel dat dan niet tevens mede ten behoeve van de lessor diens eigenaarsbelang is verzekerd. Dat ligt ook voor de hand, nu in dat geval de premie was afgestemd op het risico dat de lessee droeg. Of het belang van een ander dan de verzekeringnemer is (mee) verzekerd, is uiteindelijk een kwestie van uitleg van de verzekeringsovereenkomst. Zie Salomons 1996, p. 288 en punt 2.1 van de conclusie van A-G Bakels bij het hiervoor genoemde arrest. Vgl. ook Scheltema/Mijnssen 1978, p. 45-49.

104 Zie bijv. art. 10 van de Nederlandse Beursvoorwaarden voor Brandverzekering.

105 Zie over deze regel hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.

106 Serick 1963, p. 141 en p. 165. Daarvan te onderscheiden is de kredietverzekering, die niet het belang van de verkoper bij behoud van de zaak dekt, maar het belang van de verkoper bij verkrijging van de koopprijs. De kredietverzekering heeft derhalve niet de zaak zelf, maar de koopprijsvordering als gevaarsobject. Zie over het verschil tussen een *sellers interest only*-verzekering, die het belang van de verkoper bij behoud van de zaak dekt, en een kredietverzekering Bindend Advies 1 augustus 1982, *S&S* 1983, 43.

107 Zie m.n. HR 7 februari 1913, *NJ* 1913, p. 471 (*Aardbeienmandjes*). Zie voor erkenning van dit belang van de onbetaald gebleven verkoper bijv. T.J. Dorhout Mees, *Schadeverzekeringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 115, p. 129, p. 148 en Scheltema/Mijnssen 1978, p. 143. Zie ook Hof Amsterdam 19 maart 1920, *W.* 10583 dat oordeelde dat 'zoolang de betaling der goederen door de koopster (...) aan de verkoopster (...) niet heeft plaats gehad, de laatste belang bij de goederen zelve behoudt, al reizen zij voor risico van de eerste.'

tegenprestatie voldoet, terwijl zijn belang bovendien voortvloeit uit de omstandigheid dat hij op grond van artikel 7:10 BW het risico draagt voor beschadiging of tenietgaan van de verkochte zaak.¹⁰⁸

Het voorgaande stemt grotendeels overeen met het Duitse en het Oostenrijkse recht. In de Oostenrijkse rechtspraak wordt aangenomen dat bij een zaakverzekering als uitgangspunt het eigenaarsbelang is verzekerd. Bij het eigendomsvoorbehoud wordt hieruit afgeleid dat het belang van de verkoper is verzekerd, indien de koper een zaakverzekering afsluit voor de verkochte zaak, omdat het de verzekeraar in het algemeen om het even is wiens belang wordt verzekerd. Er wordt derhalve uitgegaan van een stilzwijgende verzekering ten behoeve van een derde.¹⁰⁹ In de literatuur wordt terecht opgemerkt dat hiermee wel wordt miskend dat de verkoper nog slechts een beperkt eigenaarsbelang heeft en ook de koper reeds een belang heeft bij de zaak.¹¹⁰ Overtuigender is dan ook de oplossing van het Duitse recht, waar op grond van een redelijke uitleg van de verzekeringsovereenkomst wordt aangenomen dat wanneer de koper een verzekering afsluit, niet alleen zijn belang, maar eveneens het belang van de verkoper is meeverzekerd, ook als dit niet met zoveel woorden in de verzekeringsovereenkomst tot uitdrukking komt.¹¹¹ Daarmee heeft zich de *Theorie vom mitverischerten Fremdinteresse* doorgezet in de rechtspraak en de literatuur, die is ingegeven door de gedachte dat de zaakverzekering ertoe strekt een bepaald belang met betrekking tot de zaak te verzekeren en dat het tegen die achtergrond het meest doelmatig is om, wanneer eigendom en risico ten aanzien van de zaak niet bij dezelfde persoon berusten, aan te nemen dat zowel het belang van de eigenaar als het belang van degene die het risico loopt zijn verzekerd.¹¹² Voor het eigendomsvoorbehoud wordt hieruit afgeleid dat zowel het belang van de verkoper alsook het belang van de koper is verzekerd. In de praktijk is bovendien in de verzekeringsvoorwaarden geregeld expliciet vermeld dat zowel het belang van de koper als van de verkoper bij een onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak is verzekerd.¹¹³

108 Dat dit aansprakelijkheidsbelang ook onder de dekking van een zaakverzekering kan worden gebracht, staat naar Nederlands recht buiten kijf. Zie reeds HR 7 februari 1913, *NJ* 1913, p. 471 (*Aardbeienmandjes*) en daarnaast bijv. HR 8 juli 1991, *NJ* 1991, 778 m.nt. M.M. Mendel, T.J. Dorhout Mees, *De CAR-verzekering* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 130-131, de noot van J.H. Wansink onder HR 11 mei 2001, *AV&S* 2001, p. 183 e.v. en Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012, nr. 483 in fine. Naar Duits en Oostenrijks recht bestond daarentegen lange tijd debat over deze vraag, die intussen overwegend bevestigend wordt beantwoord. Zie daarover met verdere verwijzingen BK/Hübsch 1999, § 80 VVG, Rn. 9-11 en Beckmann & Matusche-Beckmann/Armbrüster 2015, § 6, Rn. 133 e.v. Voor de verzekering van een onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak wordt deze vraag zonder meer bevestigend beantwoord, nu het belang van de koper bij behoud van de zaak (*Sacherhaltungsinteresse*) samenvalt met diens aansprakelijkheidsbelang (*Sachersatzinteresse*). Zie bijv. BK/Hübsch 1999, § 80 VVG, Rn. 12-19 en de in de volgende voetnoten genoemde literatuur.

109 Zie met verdere verwijzingen OGH 28 februari 2008, zaaknr. 8Ob17/08w. Zie uit de literatuur M. Schauer, *Das österreichische Versicherungsvertragsrecht*, Wien: Service Fachverlag 1995, p. 166 en H. Heiss & B. Lorenz, *Versicherungsvertragsgesetz*, Wien: Linde 1996, § 80 VersVG, Rn. 6.

110 Klang/Bydlinksi 1978, § 1063 ABGB, p. 616-617 en Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 82.

111 A. Martin, *Sachversicherungsrecht*, München: Beck 1992, p. 889, BK/Dörner 1999, § 69 VVG, Rn. 31, BK/Hübsch 1999, § 80 VVG, Rn. 12-19 en Prölss & Martin/Klimke 2015, § 43 VVG, Rn. 77.

112 BK/Dörner 1999, § 69 VVG, Rn. 24, BK/Hübsch 1999, § 80 VVG, Rn. 12-19 en Beckmann & Matusche-Beckmann/Armbrüster 2015, § 6, Rn. 129 met verdere verwijzingen. Zie uit de rechtspraak i.h.b. BGH 17 juni 2009, *NJW-RR* 2009, 1329. Zie voor een overzicht M. Brünjes, 'Der Eintritt des Immobilienerwerbers in den Versicherungsvertrag nach § 69 Abs. 1 VVG', *VersR* 1995, p. 1416-1420. Vgl. ook Serick 1963, p. 164 e.v.

113 Zie bijv. § 3 van de Allgemeine Bedingungen für die Feuerversicherung 2010, waarover Beckmann & Matusche-Beckmann/Philipp 2015, § 31, Rn. 31 en 46. Vgl. ook Prölss & Martin/Armbrüster 2015, § 95 VVG, Rn. 30.

Als zowel het belang van de verkoper als de koper is gedekt door een verzekering, rijst de vraag op welke wijze de uitkering van de verzekeringspenningen door de verzekeraar dient te geschieden op het moment dat het onzekere voorval zich voordoet. Het gaat daarbij om de afbakening van hun respectieve verzekerd belang en daarmee om de vraag in welke verhouding de verkoper en de koper aanspraak kunnen maken op de verzekerde som. Vanwege het feit dat het belang van de verkoper mede afhangt van de vraag of de koper na het onzekere voorval in staat is om de verschuldigde tegenprestatie te voldoen, kan dat een ingewikkelde aangelegenheid zijn. Deze vraag laat zich op vergelijkbare wijze beantwoorden als de vraag in welke verhouding verkoper en koper gerechtigd zijn tot schadevergoeding indien de verkochte zaak door een derde wordt beschadigd, zodat verwezen wordt naar de bespreking van die vraag in het volgende hoofdstuk.¹¹⁴

7.4 Oneigenlijke vermenging

Een geheel andere kwestie die het eigendomsvoorbehoud in de praktijk krachteloos kan maken, is de oneigenlijke vermenging. Indien het eigendomsvoorbehoud wordt bedongen ten aanzien van zaken die geen unieke kenmerken hebben, aan de hand waarvan kan worden vastgesteld aan wie de desbetreffende zaken toebehoren, bestaat het risico dat de verkoper niet meer kan aantonen van welke zaken hij eigenaar is. Daardoor is hij niet in staat zijn eigendomsvoorbehoud uit te oefenen. Als slechts één verkoper soortgelijke zaken levert, biedt artikel 3:92 lid 2 BW een oplossing om deze identificatieproblemen te voorkomen door het eigendomsvoorbehoud te verbreden tot de vordering ter zake van de tegenprestatie van alle geleverde zaken. Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, was dit ook de reden voor de wetgever om de verbreding van het eigendomsvoorbehoud toe te staan. Als gevolg van de verbreding blijft de verkoper eigenaar van alle soortgelijke zaken totdat de tegenprestatie ter zake van al die zaken is voldaan, zodat geen moeilijkheden ontstaan bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud.

Ingewikkelder wordt de situatie wanneer de koper ook soortgelijke zaken onder eigendomsvoorbehoud heeft betrokken bij een andere verkoper of zelf ook (al dan niet onbezwaard) eigenaar is van zaken die zich niet onderscheiden van de door de verkoper onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken. Volgens de heersende leer staat deze oneigenlijke vermenging aan uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in de weg. Een aantal auteurs – en ook de wetgever – baseert dat op de omstandigheid dat de oneigenlijke vermenging leidt tot eigendomsverkrijging van degene in wiens handen de oneigenlijke vermenging optreedt, omdat het eigendomsrecht tenietgaat vanwege het ontbreken van bijzondere kenmerken aan de hand waarvan individualisering zou kunnen geschieden.¹¹⁵ Een ander deel van de literatuur neemt daarentegen aan dat de eigenaar zijn eigendomsrecht weliswaar heeft behouden, maar dat de onmogelijkheid van

¹¹⁴ Zie hoofdstuk 8, paragraaf 8.5.4.

¹¹⁵ Van Oven 1934, p. 726, Houwing 1952, p. 172-174, Van der Grinten op p. 146-147 van zijn noot onder HR 12 januari 1968, *AA* 1968, p. 144 e.v., N.v.W., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 108, Fesevur 2001, p. 505-506, Snijders 2001, p. 10, Smelt 2003, p. 349-351 en Spath 2010, p. 346-347.

individualisatie aan uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in de weg staat.¹¹⁶ Tot slot wordt door sommigen verdedigd dat oneigenlijke vermenging leidt tot mede-eigendom.¹¹⁷

7.4.1 *De betrokken goederenrechtelijke beginselen*

De problematiek van de oneigenlijke vermenging wordt geregeld in verband gebracht met verschillende goederenrechtelijke beginselen, die in de weg zouden staan aan uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in geval van oneigenlijke vermenging. Zo wordt opgemerkt dat de onmogelijkheid van (de uitoefening van) een eigendomsrecht op zaken die op een zodanige wijze door elkaar zijn geraakt dat, bij gebreke van individuele kenmerken, niet meer kan worden vastgesteld op welke zaak het eigendomsrecht betrekking heeft, verband houdt met het specialiteitsbeginsel of de onmogelijkheid van eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken.¹¹⁸

Het specialiteitsbeginsel heeft evenwel niets van doen met de problematiek die aan de orde is bij het dooreen geraken van soortzaken. Het specialiteitsbeginsel houdt in dat goederenrechtelijke rechten slechts bestaanbaar zijn op afzonderlijke zaken.¹¹⁹ Daarmee drukt het beginsel uit dat men niet één eigendomsrecht kan hebben op meerdere zaken. Men kan geen eigenaar zijn van een kudde van schapen, maar hoogstens eigenaar van elk schaap uit de kudde. Uit het specialiteitsbeginsel volgt dat in een dergelijk geval evenveel eigendomsrechten als schapen bestaan.¹²⁰ Met oneigenlijke vermenging heeft dat niets te maken. Een verkoper die zijn eigendomsvoorbehoud geldend wenst te maken ten aanzien van soortzaken, pretendeert immers geen recht te hebben op een algemeenheid van zaken, maar maakt zijn eigendomsvoorbehoud geldend ten aanzien van afzonderlijke zaken, zij het dat er moeilijkheden bestaan bij het identificeren van die afzonderlijke zaken. Als de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud uitoefent met betrekking tot meerdere oneigenlijk vermengde zaken, maakt de verkoper ook meerdere eigendomsrechten geldend.

De stelregel dat eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken niet mogelijk is, is – zoals hierna zal blijken – slechts in beperkte mate in het geding indien sprake is van oneigenlijke vermenging. De onmogelijkheid van eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken houdt echter vooral verband met het bepaaldheidsvereiste en soms met het ontbreken

¹¹⁶ Suijling 1940, p. 244, Vriesendorp 1999, p. 3-12, Wichers 2002, p. 150-152, Fesevur 2005, p. 62, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 287, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 516, Reehuis 2013, nr. 49, Tweehuysen 2016, p. 231 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 72., Enigszins hybride: Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 561 alwaar te lezen valt dat oneigenlijke vermenging ‘niets anders dan een bewijsprobleem’ is, maar het eigendomsvoorbehoud wel doet tenietgaan, waarmee echter vooral bedoeld lijkt te zijn dat het eigendomsvoorbehoud niet kan worden uitgeoefend.

¹¹⁷ Smelt 2003, p. 352-353, Steneker 2012, nr. 32, (voorzichtig) Del Corral & Geurts 2014, p. 260 en E. Koops, ‘Vermenging is een vat vol tegenstrijdigheden’, *AA* 2015, p. 964.

¹¹⁸ Fikkers 1999a, p. 56, Fesevur 2001, p. 505, Smelt 2003, p. 349, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 171 en L.P.W. van Vliet, ‘Sinaasappels. Beantwoording rechtsvraag (345) Goederenrecht’, *AA* 2015, p. 734.

¹¹⁹ Suijling 1940, nr. 78 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 74. Zie ook – maar onder andere benamingen – V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015, p. 354-359 en Tweehuysen 2016, *passim*.

¹²⁰ Suijling 1940, nr. 54, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 74 en Tweehuysen 2016, p. 8-10 en p. 26-33.

van zaakskwaliteit van de hoeveelheid. Dat laatste is het geval als het gepretendeerde eigendomsrecht betrekking heeft op een hoeveelheid die onderdeel uitmaakt van een grotere hoeveelheid en sprake is van eigenlijke vermenging. De onmogelijkheid van een eigendomsrecht op dit deel is een gevolg van het ontbreken van zaakskwaliteit. Als 50 liter benzeen is opgeslagen in een tank, kan de eigenaar niet 10 liter benzeen overdragen, omdat de 10 liter benzeen geen zaak is, maar bestanddeel van de 50 liter benzeen.¹²¹ Hij kan hoogstens een aandeel in de totale hoeveelheid overdragen, waarbij de omvang van het aandeel 10 liter is.¹²²

Soms houdt de onmogelijkheid van eigendom die naar soort en hoeveelheid is bepaald verband met het bepaaldheidsvereiste. Het bepaaldheidsvereiste heeft betrekking op de vraag of iemand al dan niet een recht op een zaak heeft verworven. Daarvoor is vereist dat – al dan niet achteraf – kan worden vastgesteld of het voorwerp van de levering op het moment van die levering voldoende duidelijk was.¹²³ Een recht op een goed kan slechts worden verkregen als op dat moment aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan. Soms zal de aanduiding van het voorwerp naar soort en hoeveelheid daarvoor voldoende zijn, namelijk in het geval dat geen twijfel bestaat over het voorwerp, omdat er niet meerdere identieke zaken zijn, waarop de levering betrekking heeft. Men zou ook kunnen zeggen dat van bepaling *uitsluitend* naar soort en hoeveelheid dan geen sprake is, nu de aanduiding naar soort en hoeveelheid tegelijkertijd duidelijk maakt welke *specifieke* zaak bedoeld is. Indien de vervreemder echter meerdere zaken heeft die voldoen aan de zaak die naar soort en hoeveelheid is omschreven, dan is aan het bepaaldheidsvereiste niet voldaan. De bepaling van het voorwerp van de levering ‘uitsluitend naar soort en hoeveelheid’ voldoet dan niet aan de eisen die het bepaaldheidsvereiste stelt. Als een rijwielhandelaar twee identieke fietsen verkoopt en door een *constitutum possessorium* levert, is niet aan het bepaaldheidsvereiste voldaan, als hij vijf van dergelijke identieke fietsen in zijn winkel heeft staan.¹²⁴ Als hij op twee van die fietsen daarentegen een briefje plakt met de strekking dat die fietsen zijn geleverd, is wel aan het bepaaldheidsvereiste voldaan en verkrijgt de klant de eigendom van de desbetreffende fietsen.

Het is van belang op te merken dat wanneer de briefjes nadien onverhoopt van de fietsen geraken, daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de eigendomsverkrijging van de klant die immers al heeft plaatsgevonden. Hoogstens kan dit aan uitoefening van het eigendomsrecht in de weg staan, omdat hij niet meer kan aantonen welke fietsen voorwerp zijn van zijn – bestaande – eigendomsrecht.¹²⁵

121 Wichers 2002, p. 157 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 6.

122 Zoals blijkt uit HR 10 februari 1978, *NJ* 1979, 338 (*Nieuwe Matex*) m.nt. W.M. Kleijn. Zie voor het Oostenrijkse recht Bydlinski 1974, p. 32-36.

123 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117 en nr. 193, Rongen 2012, p. 980 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 230.

124 Het voorbeeld is ontleend aan Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117.

125 Zo ook S.E. Bartels, ‘Zoals kennelijk ter plaatse aangeduid en afgepaald. Het bepaaldheidsvereiste bij overdracht van een gedeeltelijk perceel’, *VrA* 2004, p. 15-16 en Rongen 2012, p. 1006.

Het bepaaldheidsvereiste is namelijk geen continuïteitsvoorwaarde. Het goederenrechtelijk recht bestaat niet slechts zolang de zaak waarop dit recht rust individueel bepaald en aanwijsbaar is. Het latere ontbreken van individualisering kan hoogstens in de weg staan aan de uitoefening van het – nog altijd bestaande – recht.¹²⁶ De eigenaar die het object van zijn eigendomsrecht niet kan aanwijzen, is echter nog altijd eigenaar.¹²⁷ Ook in de Duitse literatuur en rechtspraak wordt dit onderscheid benadrukt door erop te wijzen dat de rechtsgeldigheid van een rechtsverkrijging niet wordt aangetast door latere bewijsnood, die slechts tot gevolg kan hebben dat een recht niet kan worden uitgeoefend.¹²⁸ Om deze redenen moet dan ook de opvatting worden verworpen dat oneigenlijke vermenging leidt tot eigendomsverlies.

Uit het voorgaande blijkt dat individualiseringsproblemen zich op verschillende momenten kunnen voordoen: op het moment van verkrijging van een goederenrechtelijk recht en op moment van uitoefening van een goederenrechtelijk recht. Beide typen individualiseringsproblemen echter verschillende rechtsgevolgen. Terwijl in het eerste geval bij gebreke van individualisering (bepaaldheid) überhaupt geen goederenrechtelijk recht wordt verkregen, kan in het tweede geval slechts een bestaand en reeds verkregen recht niet worden uitgeoefend. Slechts het laatste is aan de orde bij oneigenlijke vermenging. Het bepaaldheidsvereiste is in een dergelijk geval niet in het geding.¹²⁹

Tot slot houdt de onmogelijkheid van eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken verband met de eis dat een eigendomsrecht altijd een voorwerp dient te hebben; een goederenrechtelijk recht rust immers altijd op een goed. Dat uitgangspunt staat in de weg aan het hebben van een eigendomsrecht op nog nader te bepalen zaken. Dat wil zeggen: het is niet mogelijk dat aan iemand een eigendomsrecht wordt toegekend dat aanspraak geeft op een aantal naar soort bepaalde zaken, terwijl pas wanneer dit recht wordt uitgeoefend, het voorwerp van dit recht daadwerkelijk wordt vastgesteld.¹³⁰ Dat zou neerkomen op de erkenning van een soort latent recht, dat pas uitkristalliseert ten aanzien van concrete zaken op het moment dat het wordt uitgeoefend. Zoals hierna zal

126 Vgl. Wichers 2002, p. 155-157. Anders: Houwing 1952, p. 203, Fesevur 2001, p. 505-506, Smelt 2003, p. 349-351 en Spath 2010, p. 346-347.

127 Wichers 2002, p. 155.

128 Zie bijv. Bürgermeister 1996, p. 34-35: 'Alle Geschehnisse nach einer wirksamen, weil bestimmten Übereignung sind für den Eigentumsübergang ohne Bedeutung, auch wenn dabei ein unauflösbares Chaos entsteht. Dies ist auch folgerichtig, denn das einmal erworbene Eigentum bleibt bestehen. Deshalb sind alle Abgrenzungsprobleme, die (...) durch spätere Ereignisse verursacht werden, dem Bereich der Beweisfragen zuzurechnen.' Zie ook over de bepaaldheid van de *Einigung* BGH 31 januari 1979, *NJW* 1979, 376: 'Spätere Ereignisse, die außerhalb des Vertrages liegen, können diesem nicht nachträglich seine Bestimmtheit nehmen.' Zo ook Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 49 InsO, Rn. 20.

129 Anders: W.M.T. Keukens & R.M. Wibier, 'Een waarschuwing voor banken: over stille pandrechten, informatierechten en (nogmaals) bepaalbaarheid', *WPNR* 2007 (6729), p. 903-904 en W.M.T. Keukens, 'Problemen rond stille verpanding van vorderingen', *TvI* 2009, p. 35.

130 Deze problematiek speelde voornamelijk bij het zogenoemde 'glijdende pandrecht' op effecten of 'pandrecht op vervangbare zaken' in geval van herprolongatie. Zie daarover met name H.R. Hoetink, 'Het voorwerp van het zakelijk recht', *Indisch Tijdschrift van het Recht* 1932, p. 109-136. In werkelijkheid ging het daarbij meestal om een wat andere vraag, namelijk of en op welk moment de pandhouder eigenaar werd van het vervangbare stuk en of de pandhouder het nieuwe stuk dat hij in plaats van het oude stuk na aflossing van de herbelening ontving als vertegenwoordiger voor de pandgever verkreeg en of het pandrecht op dit nieuwe stuk kwam te rusten. Van een daadwerkelijk goederenrechtelijk recht op nader te bepalen zaken was derhalve geen sprake. Zie hierover m.n. L.W.R. van Deventer, 'Herverpanding en terugvordering van effecten in verband met het begrip vervangbaarheid', *WPNR* 1925 (2916-2920), p. 737 e.v., J. Eggens, 'Oneigenlijk pandrecht', *WPNR* 1929 (3118), p. 547-549, Suijling 1940, nr. 568 en Asser/Scholten 1945, p. 430-432.

blijken, is enkel dit aspect van de onmogelijkheid van eigendom van naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud soms aan de orde, zij het slechts zeer sporadisch.

7.4.2 *De twee dimensies van oneigenlijke vermenging*

Uit het voorgaande volgt dat oneigenlijke vermenging vooral een bewijsprobleem is: het is niet mogelijk het eigendomsrecht uit te oefenen, omdat vanwege het ontbreken van individuele kenmerken niet kan worden bewezen welke zaak voorwerp is van het eigendomsrecht. Indirect kan oneigenlijke vermenging echter ook betrekking hebben op de vraag óf het eigendomsrecht nog (voort)bestaat, omdat soms vanwege het feit dat het eigendomsrecht niet meer kan worden aangewezen überhaupt niet kan worden vastgesteld of het eigendomsrecht nog bestaat. Het komt mij voor dat in het gros der gevallen tot een bevredigende oplossing van de problematiek van de oneigenlijke vermenging kan worden gekomen, wanneer men deze twee aspecten van elkaar onderscheidt en afzonderlijk behandelt: (i) onduidelijkheid over het bestaan van het eigendomsrecht en (ii) onduidelijkheid over de zaak waarop het eigendomsrecht betrekking heeft.

Ad (i). Gewoonlijk bestaat er geen onduidelijkheid over de vraag of het eigendomsrecht van de verkoper nog bestaat, indien hij meerdere identieke zaken aan de koper heeft geleverd. Veelal is het echter toegestaan dat de koper uit de oneigenlijk vermengde hoeveelheid zaken vervreemdt in zijn normale bedrijfsuitoefening. In een dergelijk geval is het mogelijk dat het eigendomsrecht van de verkoper door bevoegde vervreemding is tenietgegaan, hetgeen ogenschijnlijk echter niet kan worden vastgesteld, omdat de nog bij de koper aanwezige zaken geen bijzondere kenmerken hebben, aan de hand waarvan kan worden vastgesteld aan wie ze toebehoren. Dit probleem speelt derhalve uitsluitend bij wisselende voorraden, dat wil zeggen: voorraden waaraan (doorlopend) nieuwe zaken worden toegevoegd aan de oneigenlijk vermengde hoeveelheid en daaruit ook zaken worden vervreemd.

Ad (ii). Als wel duidelijkheid bestaat (of is verkregen) over de vraag wie eigenaar is van een of meer zaken die oneigenlijk zijn vermengd, rijst vervolgens de vraag op welke zaak uit de oneigenlijk vermengde hoeveelheid dit recht betrekking heeft. Het is met name dit aspect dat de kern van de problematiek van de oneigenlijke vermenging vormt.

Deze beide aspecten worden hierna achtereenvolgens behandeld.

7.4.2.1 ONDUIDELIJKHEID OVER HET BESTAAN VAN HET EIGENDOMSRECHT

Als de verkoper wil overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, zal hij duidelijk moeten maken dat hij eigenaar is van de bij de koper aanwezige zaken. Op grond van artikel 150 Rv rust op de verkoper de bewijslast met betrekking tot het feit dat hij eigenaar is van de desbetreffende zaak. In lijn met die bewijslastverdeling bepalen artikel 3:109 BW en artikel 3:119 BW dat degene die een zaak houdt, vermoed wordt rechthebbende te zijn van die zaak. De verkoper die zijn eigendomsvoorbehoud wil uitoefenen, zal dit vermoeden derhalve moeten ontkrachten door te bewijzen dat hij eigenaar is van (een of meerdere) bij de koper aanwezige zaken. Indien hij niet slaagt in dit bewijs, wordt

zijn vordering afgewezen en hebben de zaken overeenkomstig artikel 3:109 en 3:119 BW te gelden als eigendom van degene die de zaken onder zich heeft. De koper die feitelijke macht uitoefent over de zaak, heeft in dit geval derhalve een gunstige bewijspositie en kan tot op zekere hoogte achterover leunen. Toch moet de werking van de dubbele bewijsvermoedens voor de problematiek van de oneigenlijke vermenging niet worden overschat.

Allereerst moet worden bedacht dat de in deze subparagraaf centraal staande problematiek niet aan de orde is indien vaststaat dat de verkoper eigenaar is van een of meerdere oneigenlijk vermengde zaken. Dat zal in het bijzonder het geval zijn als sprake is van een vaste voorraad, omdat dan niet de mogelijkheid bestaat dat het eigendomsrecht van de verkoper is tenietgegaan door een vervreemding. Er kan dan hoogstens onduidelijkheid bestaan over de zaak waarop het eigendomsrecht betrekking heeft, waarover hierna in de volgende subparagraaf. Maar ook als sprake is van een wisselende voorraad, behoeft de onduidelijkheid over de vraag of het eigendomsrecht van de verkoper nog bestaat niet zonder meer aan uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in de weg te staan.

De rol van de dubbele bewijsvermoedens is namelijk beperkt. Artikel 3:109 en artikel 3:119 BW zijn uitsluitend regels van bewijsrecht. Zij geven geen andere bewijslastverdeling dan bij gebreke van die artikelen zou bestaan. Ook bij gebreke van artikel 3:109 en artikel 3:119 BW zou de verkoper op grond van artikel 150 Rv gehouden zijn het bewijs te leveren dat hij eigenaar is van een of meer van de zaken die bij de koper aanwezig zijn. Het komt hier dus slechts aan op de vraag of de verkoper slaagt in het bewijs van het bestaan van zijn eigendomsrecht. Afdoende is in dat verband dat een redelijke mate van zekerheid wordt verkregen over de eigendomsverhoudingen ten aanzien van de bij de verkoper aanwezige zaken.¹³¹ Tegen die achtergrond komt het in de eerste plaats aan op de vraag hoe (on)aannemelijk het is dat alle zaken die zich nog bij de koper bevinden ook daadwerkelijk van hem zijn en hoe (on)aannemelijk het is dat géén van die zaken toebehoort aan de verkoper die zijn eigendomsvoorbehoud geldend maakt.¹³² Indien daaruit voortvloeit dat het onaannemelijk is dat geen van de bij de koper aanwezige zaken toebehoort aan de verkoper, heeft dit tot gevolg dat het scenario dat de dubbele vermoedens van artikel 3:109 en artikel 3:119 BW vermoeden, namelijk dat alle bij de koper aanwezige zaken aan hem toebehoren, in ieder geval ter zijde moet worden geschoven. Vervolgens zal duidelijkheid moeten worden verkregen over hoe de eigendomsverhoudingen wel liggen. Het komt mij voor dat daarover een adequaat oordeel kan worden gevormd aan de hand van de voorraadadministratie, het tijdstip van de verschillende leveranties en de volgorde van eventuele vervreemdingen.¹³³ Aldus kan worden vastgesteld van hoeveel van de nog bij de koper aanwezige zaken de verkoper eigenaar is. Afhankelijk van de concrete omstandigheden – zoals de

131 Zie over deze maatstaf Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 264.

132 Verstijlen 2002, p. 472-473.

133 Vgl. Verstijlen 2002, p. 474. Het schijnt mij toe dat van de koper kan worden verlangd dat hij de verkoper de benodigde gegevens verschaft om in dit verband aan zijn bewijslevering te voldoen. Zie Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 306. Ook kan bij de bewijslastverdeling en bewijswaardering rekening worden gehouden met de eventuele omstandigheid dat de koper in strijd met een daartoe strekkende verplichting de zaken niet gescheiden heeft bewaard en/of geadministreerd. Vgl. U. Hoche in diens noot onder BGH 3 juni 1958, *NJW* 1958, 1534.

vraag of er door meerdere verkopers zaken zijn geleverd, de precieze hoeveelheid geleverde zaken, de volgorde van leveranties en vervreemdingen – zal de verkoper in het ene geval wel, en in het andere geval niet slagen in het bewijs dat een bepaald aantal zaken aan hem toebehoort.

Deze benadering strookt met het arrest *Teixeira de Mattos*.¹³⁴ In dat geval bestond deze redelijke mate van zekerheid namelijk juist niet, omdat het vanwege de wisselende effectenvoorraad hoogst onaannemelijk was dat de vier aanwezige certificaten Nillmij ook de oorspronkelijke certificaten waren die Mulder en Peijnenburg in bewaring hadden gegeven.¹³⁵ Vervolgens werd door Mulder en Peijnenburg aangevoerd dat Teixeira, indien zij de oorspronkelijke certificaten had vervreemd, de daarvoor in de plaats gekomen stukken voor Mulder en Peijnenburg afzonderlijk dan wel gezamenlijk was gaan houden. Ook dit kon echter niet leiden tot opvordering van de nog aanwezige effecten, omdat ten aanzien van die verkrijging niet aan het bepaaldheidsvereiste was voldaan, omdat Teixeira er niet toe was overgegaan om bepaalde nummers in haar administratie te stellen op naam van Mulder en Peijnenburg. De enkele bepaling naar soort en hoeveelheid – vier certificaten Nillmij – is dan onvoldoende om aan het bepaaldheidsvereiste te voldoen, waardoor Mulder en Peijnenburg derhalve geen eigenaar waren geworden van de (eventuele) nieuw verkregen effecten. Hier speelde dus náást de oneigenlijke vermenging ook het bepaaldheidsvereiste een rol, omdat Mulder en Peijnenburg zich op het standpunt stelden dat als de oorspronkelijke effecten waren vervreemd, zij de nieuwe effecten hadden verkregen. Voor een dergelijke verkrijging is vereist dat aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan. Op dit punt bouwt het arrest voort op een reeks eerdere arresten, waarin een dergelijke verkrijging door middel van een middellijk vertegenwoordiger slechts werd aanvaard, indien de vertegenwoordiger de zaak ten behoeve van de vertegenwoordigde had geïndividualiseerd en de zaak daardoor voor de vertegenwoordigde was gaan houden.¹³⁶ Het arrest *Teixeira de Mattos* heeft aldus voor een groot deel betrekking op de vraag welke eisen aan een verkrijging door middel van een derde moeten worden gesteld.¹³⁷

134 HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274 m.nt. H. Drion. Zie ook Verstijlen 2002, p. 475-476.

135 Dat lijkt minder het geval wanneer men bedenkt dat certificaten Nillmij incurante fondsen waren, waarin 'zeer sporadisch' werd gehandeld, zoals W.W. Feith, 'Het arrest van de niet-geïndividualiseerde effecten', *NJB* 1968, p. 259 opmerkt. Niet duidelijk is in hoeverre die omstandigheid een rol heeft gespeeld in de procedure.

136 Zie o.m. HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 882 m.nt. P. Scholten, HR 20 december 1934, *NJ* 1935, p. 708 m.nt. P. Scholten en HR 22 december 1939, *NJ* 1940, 304 m.nt. P. Scholten. Anders nog: HR 17 maart 1882, *W.* 7459 en HR 5 april 1889, *W.* 5698. Zie hierover m.n. Van Oven 1934, p. 701-728 en G.E. Langemeijer, 'Bezitsverkrijging door derden in het ontwerp', *NJB* 1963, p. 633-641 en p. 666-675. Kritisch hierover G.E. Langemeijer, 'Boekbespreking', *WPNR* 1936 (3446), p. 23: 'Beslissend is voor mij tegen de heerschende leer de moeilijk te verdragen overmacht, die bij haar het toeval heeft. (...) Ons rechtsgevoel verlangt nu eenmaal, dat voor alle juridisch verschillende behandeling van gevallen een reden van billijkheid zij aan te geven, desnoods een betwistbare maar dan toch een begrijpelijke reden. Welke reden echter is er te bedenken, waarom de commissionair geen eigenaar zou worden van de twee aandelen, die hij koopt in opdracht van Jan, maar wel eigenaar van de twee, die hij koopt, omdat Jan en Piet hem iedere den koop van één opdroegen? Waarom moet in het eerste geval Jan het winnen van de crediteuren van zijn commissionair, maar moet hij in het tweede geval te zamen met Piet voor die crediteuren wijken? De heerschende leer gunt hier aan de technische factoren van het recht tegenover de zakelijke een te grooten invloed.' Vgl. ook Houwing 1952, p. 189 die in een dergelijk geval mede-eigendom zou willen aanvaarden.

137 Vgl. Fesevur 2001, p. 504-505.

Op zichzelf is denkbaar dat de hier voorgestelde aanpak tot gevolg heeft dat aan de verkoper meer of minder wordt toegewezen dan hetgeen hem ‘in werkelijkheid’ toebehoorde. Dat staat echter niet aan hantering van deze benadering in de weg. Bedacht moet namelijk worden dat juist vanwege de oneigenlijke vermenging niet meer met absolute zekerheid is vast te stellen hoe de eigendomsverhoudingen in werkelijkheid liggen. Door middel van het bewijsrecht kan slechts worden geprobeerd om een zo groot mogelijke zekerheid te verkrijgen over deze vraag. Idealiter stemt de processuele uitkomst overeen met de materieelrechtelijke, maar het risico dat de rechter een vaststelling treft die (mogelijk) niet overeenstemt met de werkelijkheid moet altijd worden aanvaard, voor zover er maar een redelijke mate van zekerheid bestaat dat het oordeel van de rechter juist is.¹³⁸

Dat het hierbij om de vaststelling van een goederenrechtelijk recht gaat dat jegens eenieder werkt, maakt dit niet anders, omdat ook het bestaan van goederenrechtelijke rechten via het bewijsrecht moet worden vastgesteld.¹³⁹ Zo wordt ook elders in het goederenrecht het risico geaccepteerd dat aan iemand een grotere aanspraak wordt toegekend dan hem mogelijk in werkelijkheid zou toekomen. Als bij een gemeenschap namelijk niet kan worden vastgesteld hoe groot de aandelen van de deelgenoten zijn, moet ervan worden uitgegaan dat de aandelen van de deelgenoten gelijk zijn.¹⁴⁰ Ook in een dergelijk geval bestaat het risico dat de een meer of minder krijgt dan op grond van de rechtsverhouding het geval zou moeten zijn.

Het voorgaande stemt overeen met de wijze waarop het Duitse en Oostenrijkse recht omgaan met de onduidelijke eigendomsverhoudingen die kunnen optreden bij oneigenlijke vermenging, zij het dat die rechtssystemen, anders dan het Nederlandse recht, bij oneigenlijke vermenging uitgaan van het ontstaan van mede-eigendom. Oneigenlijke vermenging staat naar Oostenrijks recht in de weg aan uitoefening van het eigendomsrecht door de verkoper. Degene die een zaak als zijn eigendom opvoert, ‘muß sie durch Merkmale beschreiben, wodurch sie von allen ähnlichen Sachen gleicher Gattung ausgezeichnet wird’, aldus § 370 ABGB. Indien degene die de zaak opvoert daartoe niet in staat is, kan hij zijn eigendomsrecht niet uitoefenen (§ 371 ABGB). Terwijl vroeger uit laatstgenoemde bepaling werd afgeleid dat degene bij wie de oneigenlijke vermenging plaatsvindt dan ook eigenaar wordt van die zaken, wordt zij tegenwoordig restrictief geïnterpreteerd vanwege het verstrekkende en niet goed te

138 Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 264.

139 Vgl. in een wat ander verband P. Scholten, ‘Bezit en bewijs bij de revindicatie’, *WPNR* 1925 (2897), p. 482, die ondanks de absolute van het eigendomsrecht geen bezwaar zag tegen het bewijs van eigendom door vermoedens, nu ‘het in elk proces, ook in het eigendomsproces, enkel om de verhouding van twee bepaalde personen gaat. Men heeft dit wel eens zóó uitgedrukt, dat men zeide: “De eischer heeft enkel te bewijzen, dat hij een *beter* recht heeft dan gedaagde”. De uitdrukking is niet gelukkig, maar ze heeft een juisten kern, de eischer moet inderdaad aannemelijk maken, dat hij *eigenaar* is, maar hij moet dit aannemelijk maken in een strijd met een *bepaalden* gedaagde; de rechter stelt het alleen vast tusschen partijen (...) en dat is voor de bewijsvoering beslissend.’

140 Eindverslag I., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 580.

rechtvaardigen rechtsgevolg van een dergelijke regel.¹⁴¹ Volgens de heersende leer laat de onmogelijkheid van identificatie van de afzonderlijke zaak namelijk onverlet dat op grond van § 415 ABGB, die onder betrekking heeft op ‘vermengte oder vermische Sachen’, mede-eigendom ontstaat.¹⁴² Vervolgens moeten de problemen die kunnen bestaan bij de vaststelling van de omvang van de aandelen via het reguliere bewijsrecht worden opgelost.

Daarbij is niet noodzakelijk dat de verkoper met absolute zekerheid duidelijk maakt wat de omvang van de aandelen is. Voldoende voor het intreden van het rechtsgevolg van § 415 ABGB – het ontstaan van mede-eigendom – is dat de verkoper aannemelijk maakt dat een of meerdere zaken aan hem toebehoorden (het zgn. *Beteiligungsnachweis*).¹⁴³ In een dergelijk geval staat immers vast dat van mede-eigendom sprake is, zodat niet meer kan worden uitgegaan van het scenario dat alle zaken aan de koper toebehoren. Indien vervolgens onduidelijkheid bestaat over de omvang van de aandelen, moet aan de hand van de regels van het bewijsrecht tot een oplossing worden gekomen. In dat verband kan bijvoorbeeld door middel van een rechterlijke schatting ex § 273 ZPO worden vastgesteld wat de omvang van de aandelen is.¹⁴⁴ Door sommigen wordt bovendien verdedigd dat wanneer de rechterlijke schatting geen uitkomst biedt, op grond van § 839 ABGB moet worden aangenomen dat de aandelen een gelijke omvang hebben.¹⁴⁵

Het Duitse recht komt tot vergelijkbare resultaten. Ook hier behoeven onduidelijkheden over de precieze eigendomsverhoudingen geen fatale gevolgen te hebben. Indien roerende zaken ‘untrennbar vermischt oder vermengt’ worden, ontstaat op grond van § 948 BGB mede-eigendom. De bepaling beoogt de patstelling te doorbreken die zou ontstaan wanneer niemand meer kan vaststellen op welke zaak zijn rechten betrekking hebben.¹⁴⁶ Volgens een oudere opvatting zou onduidelijkheid over de eigendomsverhoudingen leiden tot eigendomsverkrijging van degene die de zaken onder zich heeft, waarbij werd gewezen op het vermoeden van § 1006 BGB, dat bepaalt dat degene die een zaak houdt,

141 Zie voor een overzicht Holzner 1988, p. 564-571 en p. 632-640, Hödl 2010, p. 44-48 en Klang/Leupold 2011, § 371 ABGB, Rn. 9-27. Vgl. treffend Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 631 tegen het argument dat de omvang van de aandelen zich moeilijk laat bewijzen: ‘Niemand wird sich hier mit der schlichten Begründung, das sei eine gar zu unpraktische und schwierige Situation, einer der Rechtslage entsprechenden Entscheidung entziehen können, die nur in der Anwendung der Regeln über die Vermengung (§ 415) liegen kann.’

142 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 694-695, Holzner 1988, p. 635 e.v., Rummel/Spielbüchler 2000, § 371 ABGB, Rn. 2, Hödl 2010, p. 45-46, Klang/Leupold 2011, § 371 ABGB, Rn. 11-14 (tenzij het gaat om zeer fungibele zaken, zoals geld) en Iro 2016, p. 124-125. Men pleegt in de Oostenrijkse literatuur te spreken van ‘Mengeneigentum’ of een ‘Quantitätsvindikation’. In werkelijkheid gaat het daarbij om mede-eigendom, zij het dat de onderlinge gerechtigheid niet door aandelen wordt bepaald, maar door aantallen. Maar, zoals Bydlinski terecht opmerkt, is daarin geen rechtens relevant onderscheid gelegen, nu men eenvoudig de aandelen kan uitrekenen aan de hand van de verschillende aantallen. Het verschil tussen gewone mede-eigendom en kwantiteitseigendom is gelegen in de vergemakkelijkte afwikkeling van de gemeenschap. Nu alle soortzaken gelijkwaardig zijn, behoeft geen verdeling overeenkomstig de regels voor mede-eigendom plaats te vinden. Elke mede-eigenaar kan simpelweg ‘jederzeit eine beliebige, jedoch mit seinem Anteil übereinstimmende Teilmenge des Ganzes als sein Eigentum behandeln, insbesondere Absonderung und Herausgabe “des Seinen” (§ 415) verlangen.’ Zie Bydlinski 1974, p. 32-36. Vgl. ook Rummel/Gamerith 2000, § 825 ABGB, Rn. 5, Klang/Leupold 2011, § 366 ABGB, Rn. 14 en Schwimann & Kodek/Klicka & Reidinger 2012, § 415 ABGB, Rn. 8.

143 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 694-695 en Hödl 2010, p. 45-46. Vgl. ook Holzner 1988, p. 638-639 en Rummel/Spielbüchler 2000, § 371 ABGB, Rn. 2 die weliswaar bewijs van het aandeel vereisen, maar in dat verband ook ruimte zien voor een rechterlijke schatting.

144 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 694-695 en Hödl 2010, p. 45-46.

145 Zie naast de in de vorige voetnoot genoemde auteurs Klang/Leupold 2011, § 371 ABGB, Rn. 14.

146 Soergel/Henssler 2002, § 948 BGB, Rn. 1 en MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 948 BGB, Rn. 1.

vermoed wordt rechthebbende te zijn.¹⁴⁷ Tegenwoordig wordt algemeen aangenomen dat het bewijsvermoeden niet in beeld kan komen, op het moment dat juist vaststaat dat degene die de zaken onder zich heeft geen eigenaar kan zijn van alle zaken.¹⁴⁸ Het rechtsgevolg van § 948 BGB treedt derhalve in, zodra wordt aangetoond dat niet alle zaken kunnen toebehoren aan degene die de zaken onder zich heeft. Vervolgens wordt bij twijfel over de omvang van de verschillende aanspraken teruggegrepen op de algemene regels van het bewijsrecht.¹⁴⁹ Niet is vereist dat de betrokken met absolute zekerheid bewijzen hoe de verhoudingen liggen. Voldoende is dat wordt bewezen wat het meest aannemelijk is. Ook naar Duits recht kan een rechterlijke schatting ex § 287 ZPO uitkomst bieden en kan worden teruggegrepen op § 742 BGB dat bepaalt dat bij twijfel moet worden aangenomen dat de aandelen een gelijke omvang hebben. In de literatuur wordt evenwel opgemerkt dat de regels van het bewijsrecht voldoende flexibel zijn om vast te stellen wat het meest aannemelijk is en dat van onduidelijkheid over die verhoudingen en toepassing van § 742 BGB slechts in uitzonderingsgevallen sprake zal zijn.¹⁵⁰

7.4.2.2 ONDUIDELIJKHEID OVER DE ZAAK WAAROP HET EIGENDOMSRECHT BETREKKING HEEFT

Indien op de hiervoor beschreven wijze eenmaal duidelijkheid is verkregen van hoeveel zaken de verkoper eigenaar is of deze duidelijkheid altijd al bestond omdat sprake was van een vaste voorraad, ontstaat de volgende moeilijkheid. Vervolgens zal namelijk moeten worden vastgesteld op welke specifieke zaak het eigendomsrecht van de verkoper betrekking heeft.

Als bijvoorbeeld op grond van het voorgaande duidelijk is geworden dat de verkoper eigenaar is van tien zaken, terwijl de oneigenlijk vermengde hoeveelheid zaken bestaat uit dertig zaken, is de verkoper nog steeds niet in staat aan te tonen op welke specifieke zaken zijn eigendomsrecht betrekking heeft. Er bestaat dan weliswaar geen onduidelijkheid (meer) over de vraag of zijn eigendomsrecht nog bestaat, maar wel over de vraag op welke zaak dit eigendomsrecht betrekking heeft. Het is vooral deze onmogelijkheid van het aanwijzen van het object van het eigendomsrecht, die problemen oplevert in geval van oneigenlijke vermenging. Ook wanneer vaststaat dat de verkoper eigenaar is van een gedeelte van de oneigenlijk vermengde zaken, bewerkstelligen de vermoedens in samenhang met de bewijslastverdeling ex artikel 150 Rv dat de verkoper zal moeten aantonen op welke zaak zijn eigendomsrecht betrekking heeft.

147 Zo nog RG 17 november 1925, *RGZ* 112, 102 en aldaar genoemde literatuur. Daartegen: BGH 3 juni 1958, *NJW* 1958, 1534. In resultaat echter ook zo: BGH 23 september 2010, *NJW* 2010, 3578, waarover kritisch MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 948 BGB, Rn. 5.

148 Flume 1959, p. 922, H. Weitnauer, 'Einige Bemerkungen zu den Verwertungsgemeinschaften ("Pools") der Sicherungsgläubiger im Unternehmenskonkurs', in: W. Grunsky e.a. (red.), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1981, p. 717-719, Soergel/Henssler 2002, § 948 BGB, Rn. 5, Staudinger/Wiegand 2017, § 948 BGB, Rn. 7 en MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 948 BGB, Rn. 5.

149 Soergel/Henssler 2002, § 948 BGB, Rn. 5, Staudinger/Wiegand 2017, § 948 BGB, Rn. 7 en MünchKomm-BGB/Füller 2017, § 948 BGB, Rn. 5.

150 Staudinger/Wiegand 2017, § 948 BGB, Rn. 7.

Toch behoeven ook hier de problemen niet altijd even groot te zijn, omdat in ieder geval duidelijkheid bestaat (of is verkregen) over de eigendomsverhoudingen. Ook als de verkoper geen eigenaar is van alle bij de koper aanwezige zaken, kan de patstelling in ieder geval worden doorbroken als tegelijkertijd vaststaat dat op de overige bij de koper aanwezige zaken aanspraak kan worden gemaakt door een ander dan de koper, zoals een andere verkoper of degene die een vuistloos pandrecht heeft op de aan de koper toebehorende zaken. Als alle betrokkenen de krachten bundelen, kunnen zij gezamenlijk overgaan tot opvordering van alle zaken.¹⁵¹ De positie van de koper is dan niet in het geding, omdat vaststaat dat hij deze rechten heeft te eerbiedigen. Weliswaar bestaat ook hier nog geen duidelijkheid over de vraag welke specifieke zaak aan wie toebehoort, maar als de betrokken de gehele hoeveelheid oneigenlijk vermengde zaken hebben opgevorderd, kunnen zij de zaken in principe naar willekeur onderling toewijzen, omdat het voor de positie van de koper irrelevant is welke zaak aan wie wordt toegewezen, zolang maar duidelijk is hoeveel zaken aan elk van de betrokken toekomen. In zoverre is dat een interne kwestie tussen de betrokkenen.

Er bestaan derhalve geen problemen indien alle zaken kunnen worden opgevorderd door anderen dan degene die de zaken onder zich heeft (*i.e.* de koper). Dat in een zodanig geval geen problemen bestaan, komt mij ook redelijk voor. Niet goed valt namelijk in te zien waarom de koper of diens schuldeisers zouden moeten kunnen profiteren van de omstandigheid dat de verschillende goederenrechtelijk betrokkenen het object van hun recht niet kunnen aanwijzen, wanneer tegelijkertijd vaststaat dat hun rechten gezamenlijk in ieder geval betrekking hebben op het geheel, zodat in ieder geval duidelijk is dat zij en niet de koper of diens overige schuldeisers aanspraak kunnen maken op de desbetreffende zaken.¹⁵² Als men zou verlangen dat elk van de betrokkenen het voorwerp van zijn goederenrechtelijk recht specifiek zou moeten aanwijzen, zou de Gordiaanse knoop niet kunnen worden doorgesneden. Men zou dan iedere vordering tot opeising van de zaken van elke betrokkenen moeten afwijzen. Dat zou betekenen dat de bewijslastverdeling in dit geval tot een oordeel zou leiden waarvan vaststaat dat dit niet overeenstemt met de werkelijkheid. Dat kan met de regels van het bewijsrecht niet beoogd zijn.¹⁵³

Men kan de vraag stellen in hoeverre deze bundeling van krachten door middel van een gezamenlijke opvordering de noodzaak van de voorafgaande vaststelling van de omvang van de onderlinge aanspraken tot de totale hoeveelheid oneigenlijk vermengde zaken al dan niet wegneemt. Een voorbeeld kan dit probleem verduidelijken. Stel, A heeft honderd identieke zaken onder eigendomsvoorbehoud overgedragen aan koper B, die zelf ook eigenaar is van

151 Vgl. Vriesendorp 1999, p. 8-10 (zij het dat hij spreekt in termen van mede-eigendom) en Verstijlen 2002, p. 463.

152 Vgl. Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 49 InsO, Rn. 21 die opmerkt dat wanneer 'der Verwalter in den getrennten Prozessen mit den Gläubigern jeweils obsiegt, weil keiner von ihnen beweisen kann, dass der fragliche Vermögensgegenstand gerade von seinem Sicherungsrecht erfasst ist, obwohl zugleich klar ist, dass der Sicherungsgegenstand irgendeinem Gläubiger zusteht', sprake zou zijn van niet te rechtvaardigen *windfall profits* voor de boedel.

153 Zie pregnant Snijders 2016, p. 206 die opmerkt dat een hantering van de instrumenten van de bepaling van stelplicht en bewijslast en bewijsvermoedens kan uitlopen op groot onrecht, indien door toepassing van die instrumenten een beslissing wordt genomen op basis van feiten die niet stroken met de werkelijkheid.

tweehonderd van dergelijke zaken, die echter zijn bezwaard met een vuistloos pandrecht ten gunste van C. Als zich op een zeker moment nog vijftig van die zaken bij de koper bevinden en niet duidelijk is hoe de eigendomsverhoudingen zijn ten aanzien van die vijftig zaken, kunnen A en C de desbetreffende zaken gezamenlijk opvorderen, omdat in ieder geval vaststaat dat óf A, óf C aanspraak kan maken op die zaken.

Op het eerste gezicht zou men kunnen denken dat de betrokkenen simpelweg kunnen overgaan tot deze gezamenlijke opvordering, als eenmaal vaststaat dat zij gezamenlijk aanspraak kunnen maken op alle zaken, zonder dat noodzakelijk is dat eerst wordt vastgesteld op hoeveel zaken elke betrokken vervolgens bij een verdeling van die zaken aanspraak kan maken. De gedachte zou dan zijn dat A en C hoe dan ook aanspraak kunnen maken op de zaken, zodat het niet van belang is hoe zij de zaken vervolgens verdelen. Daarbij moet evenwel bedacht worden dat de uiteindelijke verdeling van de oneigenlijke vermengde zaken niet slechts een interne kwestie is, omdat zij ook haar weerslag heeft op de positie van de koper en diens schuldeisers. De omvang van de verschillende aanspraken van A en C is namelijk van belang voor de vraag in hoeverre de verschillende gerechtigden hebben gekregen waarop zij recht hebben. Dat is onder meer relevant voor de vraag of aan de koper eventuele overwaarde bij pandrecht moet worden uitgekeerd (art. 3:253 lid 1 BW) of in geval van eigendomsvoorbehoud (een deel van) de reeds aanbetaalde koopprijs dient te worden gerestitueerd (art. 6:271 BW). Als de betrokkenen de vaststelling van de omvang van hun aanspraken volledig achterwege zouden kunnen laten, zou de kans bestaan dat zij elkaar meer of minder zaken toewijzen dan waarop zij bij vaststelling van die aanspraken overeenkomstig de regels van het bewijsrecht, aanspraak zouden kunnen maken. Dat kan een negatieve invloed hebben op de positie van de koper, omdat het daardoor denkbaar is dat geen of minder overwaarde wordt afgedragen of geen of een geringer gedeelte van de aanbetaalde koopprijs wordt gerestitueerd, dan wel een hogere restvordering geldend wordt gemaakt.¹⁵⁴

Dit alles houdt verband met de omstandigheid dat niet alleen acht moet worden geslagen op de zaken die oneigenlijk zijn vermengd, maar ook op de vorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud is bedongen of waarvoor het vuistloos pandrecht tot zekerheid strekt. Wanneer de verdeling van de opgevoerde zaken zou neerkomen op een puur interne gelegenheid, zou de onderlinge samenhang tussen vordering en zaak worden losgelaten, als gevolg waarvan de gehele hoeveelheid zaken naar willekeur van A en C zou kunnen worden ingezet voor de ongedaanmaking bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud of tot zekerheid van de vorderingen van de pandhouder.¹⁵⁵ Zo zouden A en C

154 Vgl. Bürgermeister 1996, p. 177: 'Die Benachteiligung der Konkursgläubiger besteht darin, daß der Erlös aus der Verwertung der Sicherheit, soweit sie nicht valuiert war, an die Konkursmasse abzuführen gewesen wäre, während er nun den Konkursgläubigern entzogen wird und zur Deckung von ungesicherten Forderungen dient.' Zie ook Vriesendorp 1999, p. 9-10: 'Het probleem dat zich in deze gevallen voordoet is dat de curator naast A en X [de verkoper onder eigendomsvoorbehoud en de pandhouder; toevoeging EFV] niet alleen een *eigen* belang heeft ten behoeve van de boedel dat niet gepasseerd mag worden, maar dat bovendien onduidelijk is vast te stellen.' Hij lijkt echter wel ruimte te zien door een algehele opvordering indien de verkoper de voorbehouden eigendom overdraagt aan de pandhouder, als de pandhouder vervolgens maar alle zaken overeenkomstig de pandregels executeert. Ook daarvoor geldt echter dat dan bijvoorbeeld nog altijd niet kan worden vastgesteld welk deel van de opbrengst ten laste van de vordering van de pandhouder moet worden gebracht.

155 Vgl. Bürgermeister 1996, p. 111.

kunnen besluiten om één zaak toe te wijzen aan A en de negenenveertig overige zaken aan C, of precies omgekeerd. Daardoor zou de positie van de koper in het gedrang kunnen komen.

Verstijlen lijkt dit vooral als een probleem van de koper of diens curator te zien.¹⁵⁶ Aldus benaderd is voor de gezamenlijke opeising voldoende dat vaststaat dat degenen die hun krachten bundelen in ieder geval gezamenlijk gerechtigd zijn om de zaken op te vorderen. Op welke wijze de verdeling nadien plaatsvindt is voor de opeising van de zaken niet relevant, omdat de bewijslast voor het bestaan en de omvang van een eventuele vordering van de koper op grond van een ongedaanmakingsverbintenis (art. 6:271 BW) of afdracht van overwaarde (art. 3:253 lid 1 BW) op de koper rust. Hoewel deze benadering overeenstemt met de verdeling van de bewijslast, omdat de goederenrechtelijk gerechtigden die tot opvordering overgaan niet het bewijs hoeven te leveren van het al dan niet bestaan van verplichtingen tot restitutie of afdracht van overwaarde, is zij niet erg aantrekkelijk. Zij kan leiden tot buitengewoon grillige resultaten, wanneer de verdeling van de opgevorderde zaken volledig wordt overgelaten aan de willekeur van de verschillende betrokkenen, die daarmee per saldo een onderlinge herverdeling zouden kunnen bewerkstelligen als bijvoorbeeld de pandhouder zou zijn overgesecured. Tegen die achtergrond komt het mij bevreemdiger voor om van de betrokkenen die de zaken opvorderen in ieder geval te verlangen dat de uiteindelijke verdeling geschiedt op grond van criteria die aansluiten bij de meest aannemelijke verhoudingen.¹⁵⁷

Deze problemen kunnen geheel worden geëlimineerd indien de pandhouder ook een pandrecht heeft op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper. De pandhouder kan dan in voorkomende gevallen de verschuldigde prestatie voldoen, als gevolg waarvan de voorwaarde in vervulling gaat en hij de vordering door subrogatie (art. 6:150 BW) verkrijgt. Afhankelijk van de afspraken tussen koper en pandhouder, biedt dit pandrecht ook zekerheid voor deze vordering. Eveneens denkbaar is dat de verkoper, bijvoorbeeld tegen betaling van een vergoeding, afstand doet van zijn eigendomsvoorbehoud, zodat de pandhouder zijn pandrecht geldend kan maken ten aanzien van alle zaken die toebehoren aan de koper, als gevolg waarvan er geen identificatieproblemen meer zijn.

Een probleem van oneigenlijke vermenging blijft aldus slechts bestaan in het geval dat niet op alle zaken aanspraak kan worden gemaakt door anderen dan degene die de zaken onder zich heeft, blijven de identificatieproblemen bestaan. De verkoper ondervindt derhalve alleen nog moeilijkheden indien de koper

156 Verstijlen 2002, p. 466. In die richting voor het Duitse recht Flume 1959, p. 922, E. Bohlen, *Der Sicherheiten-Pool*, Bielefeld: Gieseke 1984, p. 101, S. Berner, *Sicherheitenpools der Lieferanten und Banken im Insolvenzverfahren*, Köln: Carl Heymanns 2006, p. 75-76, Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 29, Gottwald/Adolphsen 2015, § 44, Rn. 34 en Martinek & Omlor in: H. Schimansky, H.-J. Bunte & H.-J. Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, München: C.H. Beck 2017, § 97, Rn. 7 en voor Oostenrijk Hödl 2010, p. 135.

157 Tot een vergelijkbaar resultaat komen voor Duitsland Bürgermeister 1996, *passim*, i.h.b. p. 111-112, p. 115, p. 176-178 en p. 235-236, Häsemeyer 2003, p. 404 en Mitlehner 2016, p. 497. In die richting ook J. Schröter & F. Graf v. Westphalen, *Sicherheiten-Poolverträge der Banken und Warenlieferanten*, Frankfurt am Main: Wertpapier-Mitteilungen 1986, p. 104. Zie voor het Oostenrijkse recht P. Schulyok, in: A. Konecny & G. Schubert, *Kommenar zu den Insolvenzgesetzen*, Wien: Manzsche 1999, § 48 KO, Rn. 214-215 en A. Riedler, 'Konsortialkredite – Sicherheitenbestellung und Sicherheitenpoolung', in: P. Apathy, G. Iro & H. Koziol (red.), *Österreichisches Bankvertragsrecht. Band IX: Kreditsicherheiten. Teil II*, Wien: Springer 2012, p. 433.

onbezwaard eigenaar is van een of meerdere oneigenlijk vermengde zaken. In een dergelijk geval kan de verkoper niet aanwijzen op welke specifieke zaken zijn eigendomsrecht betrekking heeft en zal zijn vordering moeten worden afgewezen. Gelet op het feit dat het vuistloze pandrecht wijdverbreid is bij de financiering van bedrijfsmatige kopers onder eigendomsvoorbehoud en het risico van oneigenlijke vermenging zich hoofdzakelijk in dergelijke situaties voordoet, zal deze situatie zich niet vaak voordoen.

Het valt evenwel niet te ontkennen dat, wanneer dat wel het geval is, de afwijzing van de vordering van de verkoper tot een buitengewoon onbevredigend resultaat leidt, omdat de rechter aldus tot een beslissing komt waarvan vaststaat dat zij niet strookt met de werkelijkheid.¹⁵⁸ Voor een zodanige beslissing bestaat geen enkele rechtvaardiging omdat (i) vaststaat dat de koper geen eigenaar is van alle zaken, (ii) tegelijkertijd vaststaat (of duidelijk is geworden) in welke omvang de verkoper en de koper aanspraak kunnen maken op een aantal van de oneigenlijk vermengde zaken, (iii) de oneigenlijk vermengde hoeveelheid bestaat uit identieke soortzaken waardoor het voor alle betrokken onverschillig is aan wie welke specifieke zaak wordt toegewezen en (iv) niemand wordt benadeeld door het toelaten van de revindicatie door de verkoper, omdat vaststaat dat derden geen aanspraak kunnen maken op deze zaken en eveneens vaststaat dat de koper uitsluitend aanspraak kan maken op een aantal zaken dat correspondeert met het aantal overblijvende zaken.

Tegen die achtergrond pleit er veel voor om genoeg te nemen met een minder stringente invulling van het individualiseringsvereiste.¹⁵⁹ De noodzaak van de eis dat de rechthebbende van een goederenrechtelijk recht het object waarop zijn recht rust, kan aanwijzen, houdt verband met het feit dat van derden moeilijk verlangd kan worden dat zij een recht respecteren waarvan niet duidelijk is waarop het rust. Derden die dit goederenrechtelijk recht dienen te eerbiedigen, moeten kunnen weten op welk object dit recht rust, om überhaupt in staat te zijn geen inbreuk te maken op dit recht.¹⁶⁰ Dit verklaart de onmogelijkheid van eigendom van naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken: voor derden is in een dergelijk geval niet duidelijk ten aanzien van welke zaken zij zich dienen te onthouden van inbreuken.¹⁶¹ Maar in dit geval zijn de belangen van derden niet in het geding (zie ad (iv)), terwijl de aanspraak van de verkoper bovendien niet volstrekt ongedefinieerd of ongeïndividualiseerd is. De zaak maakt onderdeel uit van een grotere hoeveelheid, die de verkoper wel kan individualiseren.¹⁶² Bij de uitoefening van het recht van reclame lijkt genoeg

158 Vgl. Snijders 2016, p. 206.

159 Vgl. ook de meer pragmatische benadering van het individualiseringsbeginsel van A-G Hammerstein in punt 5.35-5.36 van diens conclusie voor HR 14 augustus 2015, *NJ* 2016, 263 m.nt. H.J. Snijders (*Zalco*). Zie ook hiervoor in voetnoot 142 over de vereenvoudigde afwikkeling van de gemeenschap in verband met de *Quantitätsvindikation* naar Oostenrijks recht. Zie ook Verstijlen 2002, p. 471-472 die genoeg lijkt te nemen met de verkrijging van duidelijkheid over de eigendomsverhoudingen en het vervolgens onverschillig lijkt te achten welke specifieke zaken worden teruggenomen.

160 Zie – betrokken op het zaaksbegrip – Van der Steur 2003, p. 142. Tussen het zaaksbegrip en het eigendomsbegrip bestaat een zekere wisselwerking. Zie Van der Steur 2003, p. 141 en Struycken 2007, p. 118.

161 Vgl. Lieder 2015, p. 303 die opmerkt dat ‘vom Rechtsverkehr schwerlich verlangt werden kann, ein unbestimmtes Recht als absolut geschützte Rechtsposition anzuerkennen und zu beachten.’

162 Vgl. Verstijlen 2002, p. 467.

te worden genomen met een dergelijke individualisering van het grotere geheel. Indien het verkochte gedeeltelijk is betaald, kan de verkoper op grond van artikel 7:39 lid 2 BW, terugvordering vorderen van een evenredig deel van het verkochte. Weliswaar functioneert het recht van reclame op enigszins andere wijze, maar de problematiek is niettemin vergelijkbaar. Niet goed valt in te zien waarom het ontbreken van de mogelijkheid tot het aanwijzen van de specifieke zaak bij het eigendomsvoorbehoud zulke fatale gevolgen dient te hebben, wanneer bij het recht van reclame een dergelijke soepele benadering wordt gehanteerd. Ik zou dan ook voorzichtig willen bepleiten dat de verkoper wel degelijk kan overgaan tot de uitoefening van zijn eigendomsvoorbehoud ten aanzien van willekeurige soortzaken.

Daarvoor pleit dat als eenmaal vaststaat dat zowel koper als verkoper eigenaar zijn van een of meer van de oneigenlijke vermengde zaken, er iets moet zijn om uit de patstelling te geraken. Een processuele uitkomst, met de strekking dat de zaken 'moeten gelden' als eigendom van degene die de feitelijke macht over de zaken uitoefent, is een gepasseerd station, omdat in ieder geval is komen vast te staan dat een of meer van die zaken toebehoren aan de verkoper. Ten aanzien van de totale hoeveelheid oneigenlijk vermengde zaken zou een schemertoestand ontstaan, omdat niemand zijn rechten kan geldend maken.¹⁶³ Dit zou tot gevolg hebben dat de koper (of diens curator) de zaken evenmin kan benutten en vervreemden, omdat hij daarmee een inbreuk zou maken op de eigendomsrechten van de verkoper. Weliswaar kan de verkoper zijn eigendomsrecht niet koppelen aan een concrete zaak, maar als de koper alle zaken vervreemdt, staat wel vast dat hij eigendomsrechten van de verkoper heeft genegeerd. Het is derhalve ook in het belang van de koper om de kluwen te ontwarren, hetgeen zou kunnen geschieden doordat de verkoper en de koper genoegen nemen met het willekeurig toekennen van de soortzaken overeenkomstig het aantal eigendomsrechten dat is vastgesteld. In zekere zin zou het eigendomsrecht van de verkoper in dit geval rusten op een voorwerp dat pas bij uitoefening van het eigendomsrecht wordt vastgesteld, hetgeen enigszins op gespannen voet staat met de onmogelijkheid van eigendom van naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken, maar in dit geval gerechtvaardigd wordt de omstandigheid dat derden daarvan geen hinder onder vinden.

7.5 Bestanddeelvorming

Als de verkochte zaak wordt onderdeel wordt van een andere roerende zaak, verliest de verkoper zijn voorbehouden eigendomsrecht indien de verkochte zaak een bestanddeel wordt van de andere zaak (art. 3:4 BW). Als gevolg van de bestanddeelvorming strekt de eigendom van de hoofdzaak zich uit tot het bestanddeel. Met name ten aanzien van zaken die onderdeel worden van een andere roerende zaak, heeft bestanddeelvorming relatief snel tot gevolg dat het voorbehouden eigendomsrecht ten aanzien van dit onderdeel door de werking van artikel 3:4 BW tenietgaat. Opvallend is dat het Duitse en het Oostenrijkse

¹⁶³ Vgl. MünchKomm-BGB/Füller 2013, § 948 BGB, Rn. 5 die spreekt van een 'Rechtssvakuum, da jede einzelne Teilungsklage abzuweisen wäre und damit eine dauerhaft unklärbare Eigentumslage bestünde.'

recht in dit verband een (veel) terughoudendere toets aanleggen, hetgeen is ingegeven door de wens om het eigendomsrecht van de verkoper niet te zeer te bedreigen.

De Nederlandse ontwikkeling werd ingezet met het arrest *Sleepboot Egbertha*, waarin de Hoge Raad besliste dat van bestanddeelvorming niet alleen sprake is, indien een zaak zonder beschadiging kan worden afgescheiden, maar ook wanneer zij krachtens ‘de opvattingen, welke in het maatschappelijk verkeer omtrent die soort van roerende zaken bestaan’ moet worden aangemerkt als bestanddeel van een andere roerende zaak. Beslissend voor het aannemen van deze nieuwe categorie bestanddelen achtte de Hoge Raad de omstandigheid dat ‘bij het voortschrijden der techniek steeds toeneemt het aantal voorwerpen, die wat betreft de wezenlijke bestanddelen zelfs door niet vaklieden zonder beschadiging uit elkander kunnen worden genomen.’¹⁶⁴

Nadien is het criterium van de verkeersopvatting is in de literatuur nader uitgewerkt, waarbij met name beslissende betekenis werd toegekend aan de vraag of de hoofdzaak als incompleet moet worden beschouwd zonder de toegevoegde zaak.¹⁶⁵ In het arrest *Dépex/Curatoren van Bergel* omarmde de Hoge Raad de incompleetheid als een aanwijzing voor bestanddeelvorming en voegde daaraan nog toe dat ook de omstandigheid dat twee zaken in constructief opzicht specifiek op elkaar zijn afgestemd een aanwijzing voor bestanddeelvorming is.¹⁶⁶ Het is bij roerende zaken met name de incompleetheid die als aanwijzing relatief snel tot bestanddeelvorming zal leiden bij samengestelde zaken. Zo zijn fietsen zonder zadel, auto's zonder wielen of motoren en stoelen zonder poten incompleet. Het voorbehouden eigendomsrecht ten aanzien van onderdelen van die samengestelde zaak gaat daarmee teniet bij samenstelling van de onderdelen. Dat dergelijke zaaksdelen eenvoudig en vrijwel kosteloos demonteerbaar zijn, doet niet af aan het feit dat zij onderdeel zijn van de eenheidszaak. Integendeel, juist uit het feit dat steeds meer zaken eenvoudig demonteerbaar zijn, leidde de Hoge Raad in het *Sleepboot Egbertha*-arrest af dat de aan de eenvoudige demonteerbaarheid geen beslissende betekenis kon worden toegekend.

Het Duitse en Oostenrijks recht hebben zich juist in tegengestelde richting ontwikkeld. Naar Oostenrijks recht is bestanddeelvorming slechts aan de orde, indien sprake is van een zodanig hechte verbinding, dat afscheiding slechts kan plaatsvinden met substantiële beschadiging van een van beide zaken of afscheiding economisch niet zinvol is, omdat zij met substantiële kosten of een substantiële vermindering van de waarde gepaard gaat. Daarbij gaat het niet om de waarde van de zaak inclusief het bestanddeel, maar om de overblijvende waarde van de afzonderlijke onderdelen.¹⁶⁷ Naar Duits recht is beslissend of bij

¹⁶⁴ HR 26 maart 1936, *NJ* 1936, 757 m.nt. P. Scholten.

¹⁶⁵ Zie bijv. W.C.L. van der Grinten, ‘Natrekking, vermenging en zaaksvorming’, *WPNR* 1961 (4701), p. 520, Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 52 en Hijma 1992, p. 286.

¹⁶⁶ HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316, rov. 3.7. Het arrest behandelt slechts de vraag wanneer een zaak volgens verkeersopvatting bestanddeel is geworden van een *onroerende* zaak. Algemeen wordt evenwel aangenomen dat, nu art. 3:4 BW betrekking heeft op alle typen zaken, de incompleetheid ook een (belangrijke) aanwijzing vormt waar het bestanddeelvorming bij roerende zaken betreft. Zie bijv. Wichers 2002, p. 83-87 en Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 37.

¹⁶⁷ Zie met verdere verwijzingen Klang/Kisslinger 2011, § 294 ABGB, Rn. 10 en Schwimann & Kodek/Hofmann 2012, § 294 ABGB, Rn. 2.

afscheiding het voormalige bestanddeel of de overblijvende zaak wordt vernietigd of in zijn wezen wordt veranderd (§ 93 BGB). Van een wezensverandering van het voormalige bestanddeel is slechts sprake indien de zaak niet meer op een economisch zinvolle wijze kan worden benut, al dan niet door hernieuwde bevestiging aan een andere zaak.¹⁶⁸ Van een wezensverandering van het overblijvende deel is slechts dan sprake, indien het afgescheiden deel niet op een economisch zinvolle wijze kan worden vervangen door een ander onderdeel.¹⁶⁹ Daarbij staat veel meer centraal in hoeverre de onderdelen nog in een andere samenstelling opnieuw doelmatig kunnen worden gebruikt.

Deze uitwerking van het bestanddeelbegrip heeft tot gevolg dat in Oostenrijk en Duitsland juist vanwege het voortschrijden der techniek steeds minder zaken als bestanddeel worden aangemerkt, omdat steeds meer onderdelen eenvoudig demonteerbaar zijn en door andere onderdelen kunnen worden vervangen.¹⁷⁰ Kenmerkend hiervoor is de rechtspraak ten aanzien van in serie gefabriceerde zaken. Zij zijn geen (wezenlijk) bestanddeel van de zaak waaraan zij worden bevestigd, indien zij eenvoudig kunnen worden afgescheiden en vervangen door een vergelijkbaar product, hetgeen doorgaans mogelijk is, omdat de desbetreffende zaken in serie worden vervaardigd. Zo zijn motoren, stoelen en banden naar Duits recht geen bestanddeel van de auto. Aan deze rechtspraak van het BGH ligt de bescherming van de belangen van de eigenaar van het toegevoegde onderdeel, in het bijzonder de verkoper onder eigendomsvoorbehoud, ten grondslag:

‘Das volkswirtschaftliche Interesse an der Erhaltung einer Einheit ist nicht sehr erheblich, wenn die Trennung und Wiederzusammensetzung der Bestandteile ohne jede Beschädigung und ohne erheblichen Arbeitsaufwand durchgeführt werden kann. Es tritt zurück, wenn vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus berechnete privatwirtschaftliche Interessen die Trennung fordern. Das ist aber der Fall, wenn die Lieferanten einzelner Bestandteile ihr Eigentum vom Herstellungsbetrieb zurückfordern, weil sie wegen ihrer Kaufpreisforderungen für diese Gegenstände nicht befriedigt werden. Es darf nicht außer acht gelassen werden, daß unter den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen die Zulieferung an Herstellungsbetriebe sehr häufig unter Eigentumsvorbehalt auf Kredit erfolgt. Es wäre volkswirtschaftlich ungerechtfertigt, wenn die Zulieferfirmen ihre Rechte schon dadurch verlieren sollten, daß der Empfänger die gelieferte Ware mit anderen Gegenständen zu einer einheitlichen Sache verbindet, obwohl die Trennung jederzeit ohne Schwierigkeiten und ohne Beschädigung der einzelnen Teile vorgenommen werden kann. Auch die Sicherheit des Rechtsverkehrs fordert nicht, daß an zusammengesetzten einheitlichen Sachen nur ein einheitliches Rechtsverhältnis besteht. Gerade

168 BGH 8 oktober 1955, *NJW* 1955, 1793, Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 93 BGB, Rn. 17 en MünchKomm-BGB/Stresemann 2015, § 93 BGB, Rn. 9.

169 Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 93 BGB, Rn. 18 en MünchKomm-BGB/Stresemann 2015, § 93 BGB, Rn. 9.

170 Zie BGH 8 oktober 1955, *NJW* 1955, 1793: ‘Seit Erlaß des BGB ist aber die technische Entwicklung erheblich fortgeschritten, und die wirtschaftlichen Verhältnisse haben sich erheblich geändert. Diese Umstände sind maßgebend zu berücksichtigen. Sie führen dazu, daß den §§ 93, 947 BGB nicht mehr dieselbe Bedeutung wie früher zukommt. In vielen Fällen, in denen bei Sachen, die nach dem Stand der Technik von 1900 gefertigt sind, wesentliche Bestandteile anzunehmen wären, ist das nicht der Fall, wenn sie auf Grund der heutigen technischen Entwicklung hergestellt werden.’ Zie voor Oostenrijk S. Leitner, ‘Der Eigentumsvorbehalt des Bauhandwerkers’, *bbl* 2000, p. 104, ‘Durch den Fortschritt der Technik werden vermehrt [Bestandteile] in Serienproduktion hergestellt. Setzt sich das fertige Produkt sodann aus leicht montierbaren Serienteilen zusammen, die ohne Aufwand ausgetauscht werden können, wird der Wertverlust regelmäßig verneint.’

wenn im Wirtschaftsverkehr der Gedanke, daß die einheitliche Sache aus verschiedenen unwesentlichen Bestandteilen besteht, praktisch nicht aufkommt, findet der Rechtsverkehr den erforderlichen Schutz. Derjenige, der unter diesen Voraussetzungen eine solche Sache erwirbt, wird nach §§ 932 ff. BGB, § 366 HGB Eigentümer der ganzen Sache mit allen ihren Bestandteilen. Denn es kann in aller Regel von dem Erwerber nicht verlangt werden, daß er sich erkundigt, ob die Veräußerer auch Eigentümer aller einzelnen Bestandteile der Sache sind. Sofern er ausnahmsweise die Nichtberechtigung des Veräußerers kennt, bedarf er keines besonderen Schutzes.¹⁷¹

Ook het Oostenrijkse recht tendeert naar een restrictieve benadering van het bestanddeelbegrip, juist om het voorbehouden eigendomsrecht van de verkoper niet verloren te laten gaan.¹⁷²

Een dergelijke invulling van het bestanddeelbegrip heeft ontegenzeggelijk aantrekkelijke kanten voor de positie van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud. Ook Meijers lijkt moeite te hebben gehad met het feit dat iemands eigendom verloren gaat door het enkele feit dat de zaak volgens de verkeersopvatting onderdeel van een andere zaak is geworden, ook wanneer afscheiding eenvoudig en tegen geringe kosten kan plaatsvinden. Om die reden had hij onder meer een bepaling voorzien die het mogelijk maakte een eigendomsvoorbehoud in te schrijven in de openbare registers, teneinde te voorkomen dat de desbetreffende zaak bestanddeel zou worden van een onroerende zaak.¹⁷³ Ook lijkt hij er in oudere concepten van artikel 5:14 BW op te zinspelen het eigendomsverlies pas te laten intreden in het geval dat zaken op zodanige wijze met elkaar waren verbonden dat zij zonder ernstige beschadiging of onevenredig grote kosten en arbeid niet konden worden gescheiden, waarbij hij wilde afwijken van het *Sleepboot Egbertha*-arrest.¹⁷⁴

Zou het aanbeveling verdienen de verkeersopvatting in Nederland op vergelijkbare wijze als in Duitsland en Oostenrijk stringenter uit te leggen? Ik meen van niet. De nadelen die daaraan zijn verbonden zijn uiteindelijk van groter gewicht dan het hiervoor genoemde voordeel dat de positie van de verkoper sterker wordt. Anders dan het BGH in de hierboven uitspraak lijkt aan te nemen,

171 BGH 8 oktober 1955, *NJW* 1955, 1793. Zie ook Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 93 BGB, Rn. 1 en MünchKomm-BGB/Stresemann 2015, § 93 BGB, Rn. 9: 'Infolge der Ausweitung von Norm- und Serienproduktion bestehen technische Geräte und Anlagen vielfach aus nichtwesentlichen Bestandteilen. Die Regelung in § 93 kommt damit den Lieferanten serienmäßig hergestellter und für den Einbau in bewegliche Sachen vorgesehener Teile zugute.'

172 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 486 en Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 37.

173 Zie daarover hierna in paragraaf 7.6.

174 Het was nogal een inconsequente regeling, omdat Meijers tegelijkertijd in art. 3:4 BW wel de norm uit het arrest *Sleepboot Egbertha* aanvaardde. Daarmee leek de uitzondering beperkt tot natrekking zonder hoofdzaak, maar hij lijkt ook schrapping van art. 3:4 lid 1 BW te hebben overwogen. Zie *Notulen van de 144^{de} vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht* d.d. 26 september 1953, p. 825: 'De Voorzitter [Meijers; toevoeging EFV] erkent dat art. 16 [thans art. 5:14 BW; toevoeging EFV] in strijd is met het arrest van 1936 en ook met art. 3 lid 1 [thans art. 3:4 lid 1 BW; toevoeging EFV] van de titel Algemene Bepalingen (...), waar de leer van de H. R. is overgenomen. Bij nader inzien vraagt spreker zich echter af of de leer van de H. R. wel juist is en of het standpunt van art. 16 niet redelijker is.' Zie ook W.C.L. van der Grinten, 'Eigendom van roerende zaken in het Ontwerp-B.W.', *WPNR* 1973 (5240), p. 516, E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers 1994, p. 247 en Wichers 2002, p. 132-133.

speelt zowel voor het Nederlandse en Duitse recht niet alleen het ‘volkswirtschaftliche Interesse an der Erhaltung einer Einheit’ een rol,¹⁷⁵ maar ook het voorkomen van complexiteit van rechtsmacht over een zaak.¹⁷⁶ Het erkennen van eigendomsrechten op zaaksdelen maakt het beschikken over het geheel tot een ingewikkelde aangelegenheid, omdat daarvoor toestemming zal moeten worden bereikt tussen alle betrokkenen.¹⁷⁷ Het goederenrecht verlangt uit een oogpunt van verhandelbaarheid van zaken dat op eenvoudige wijze de rechtsmacht over een zaak kan worden vastgesteld en op eenvoudige wijze over die zaak kan worden beschikt.¹⁷⁸

Aan de rechtspraak van het BGH ligt ten grondslag dat voorkomen moet worden dat de eigenaar van diens hoofdzaak of diens schuldeisers zouden profiteren van de omstandigheid dat een onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak onderdeel wordt van de eenheidszaak. Het komt mij voor dat het probleem hier dan ook niet zozeer het eigendomsverlies van de verkoper is, maar vooral de daarmee gepaard gaande waardeverschuiving. Of anders gezegd: voor het eigendomsverlies van de verkoper bestaan rechtvaardigende omstandigheden (zie hiervoor), maar niet voor de daaruit volgende verarming van de verkoper en de verrijking van de koper en diens overige schuldeisers. Dat kan echter geen reden zijn om dan alsnog maar eigendomsrechten aan zaaksdelen te accepteren, omdat daarmee de rechtvaardiging voor het eigendomsverlies zou worden ondergraven.

Als men deze herverdeling van de waarde die besloten ligt in het bestanddeel wenst te voorkomen, zou men dan ook tot een oplossing moeten komen, waarbij enerzijds de eenheid van de samengestelde zaak wordt gehandhaafd, maar anderzijds niet de daarmee dreigende waardeverschuiving wordt gerealiseerd. Een dergelijke doelstelling ligt ten grondslag aan de regeling van de DCFR.¹⁷⁹ Daarin wordt aan degene die zijn eigendomsrecht door bestanddeelvorming verliest, een aanspraak toegekend op de eigenaar van de eenheidszaak, welke aanspraak op goederenrechtelijke wijze is gewaarborgd door middel van een pandrecht op de eenheidszaak (art. VIII.-5:203(2) DCFR). Dat pandrecht strekt tot zekerheid van de vordering ter zake van de vergoeding van de waarde van het bestanddeel. Dit pandrecht heeft een supervoorrang, omdat het voorgaat boven alle eerdere pandrechten die zijn gevestigd op de eenheidszaak (art. VIII.5:204 (3) DCFR). Aangezien dit pandrecht slechts strekt tot zekerheid van de daadwerkelijk aan de eenheidszaak toegevoegde waarde van het bestanddeel, worden de overige schuldeisers daardoor niet benadeeld, omdat zij zich bij

175 Zie voor het Nederlandse recht kritisch over het motief van waardebehoud o.m. Beekhuis 1972, p. 14, Fikkers 1999b, p. 176, Wichers 2002, p. 18-20, Verheul 2015a, p. 243 en Verheul & Verstijlen 2016, p. 73-77.

176 Zie voor het Duitse recht Staudinger/Wiegand 2017, Vorbem zu §§ 946 ff BGB, Rn. 1. Illustratief is dat de voorgestelde § 632b BGB is geschrapt, dat een aannemer de mogelijkheid verschafte een eigendomsvoorbehoud te bedingen ten aanzien van bestanddelen van onroerende zaken en gebouwen. Uiteindelijk is besloten de bepaling te schrappen omdat zij zou leiden tot onoverzichtelijke eigendomsverhoudingen ten aanzien van onderdelen van onroerende zaken en op gespannen voet stond met de bestanddeelregeling van § 94 BGB. Zie *BR-Drucks. 458/04*, p. 9 en R. Scherzer, *Die Sicherung von Forderungen der am Bau Tätigen aus rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden: Nomos 2009, p. 65.

177 Zie – betrokken op de positie van de rechthebbenden van zaaksdelen – Verheul & Verstijlen 2016, p. 95-96. Gangbaarder is de benadering in de literatuur die het eenheidsbeginsel rechtvaardigt vanuit de positie van derden, zoals derdenverkrijgers en schuldeisers die verhaal willen nemen op de eenheidszaak. Zie Beekhuis 1972, p. 14-15, Hijma 1992, p. 285-286, Wichers 2002, p. 6-20 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 65.

178 Wichers 2002, p. 8-9 en Struycken 2007, p. 791-792.

179 Von Bar & Clive 2009, p. 5143-5144.

gebreke van de bestanddeelvorming ook niet op de waarde van het bestanddeel zouden kunnen verhalen.¹⁸⁰ Een dergelijke oplossing zou ook voor het Nederlandse recht het overwegen waard zijn.¹⁸¹

Het verdient opmerking dat de hier bestreden terughoudendere invulling van de verkeersopvatting vanzelfsprekend niet aan een ontwikkeling van de verkeersopvatting in de weg staat, in die zin dat men datgene wat momenteel als bestanddeel wordt beschouwd in de toekomst niet meer als bestanddeel gaat beschouwen.¹⁸² Het komt mij echter voor dat een dergelijke ontwikkeling vanwege de hiervoor genoemde argumenten niet – zoals in Duitsland – door de rechtspraak zou moeten worden gestuwd. Aldus zouden deelnemers aan het rechtsverkeer namelijk geconfronteerd kunnen worden met een verkeersopvatting die (nog) niet algemeen gebruikelijk is, zodat zij niet op de hoogte zijn van alle implicaties. Als de wijziging daarentegen vanuit het maatschappelijk verkeer geschiedt, voltrekt deze ontwikkeling zich geleidelijk en zijn de deelnemers daarvan op de hoogte, zodat men zich op die ontwikkeling kan instellen.

7.6 Natrekking

Bijzondere aandacht verdient de ‘verbinding’ van een onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak met een onroerende zaak. De regeling van bestanddeelvorming zal ten aanzien van de verbinding met een onroerende zaak niet gauw een bedreiging vormen voor het eigendomsrecht van de verkoper. Op grond van de in het arrest *Dépex/Curatoren van Bergel* geformuleerde aanwijzingen zal daarvan slechts sprake zijn indien de onroerende zaak als onvoltooid moet worden beschouwd of indien sprake is van constructieve afstemming tussen de zaken.¹⁸³ Niet alleen moet bij de vraag of de onroerende zaak als onvoltooid moet worden beschouwd, geabstraheerd worden van het concrete gebruik en de concrete bestemming van de zaak, ook geldt voor de aanwijzing van de constructieve afstemming dat vereist is dat *beide* zaken in constructief opzicht op elkaar zijn afgestemd, terwijl deze afstemming bovendien *specifiek* moet zijn.¹⁸⁴ Op grond daarvan zal slechts bij een beperkt aantal zaken van bestanddeelvorming sprake kunnen zijn. Ook uit artikel 3:254 BW kan worden afgeleid dat beoogd is dat machinerieën of werktuigen die bestemd zijn om daarmee een bedrijf in een bepaalde hiertoe ingerichte fabriek of werkplaats uit te oefenen als uitgangspunt roerende zaken blijven, omdat de wetgever ervan uitgaat dat op dergelijke zaken een pandrecht rust. Met deze terughoudende toets is onder meer beoogd al te snel rechtsverlies te voorkomen van de verkoper die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen ten aanzien van die zaak.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 5159-5160.

¹⁸¹ Zie uitgebreid Verheul & Verstijlen 2016, p. 96-98.

¹⁸² Zie voor de ruimte voor een zodanige ontwikkeling m.n. HR 16 maart 1979, *NJ* 1980, 600 m.nt. B. Wachter (*Radio Holland*).

¹⁸³ HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316 (*Dépex/Curatoren van Bergel*), rov. 3.7.

¹⁸⁴ Hijma 1992, p. 287-288 en Wichers 2002, p. 88.

¹⁸⁵ A.S. Hartkamp in punt 12 van zijn conclusie voor HR 15 november 1991, *NJ* 1993, 316 (*Dépex/Curatoren van Bergel*), Hijma 1992, p. 290 en Heyman & Bartels 2012, nr. 27.

Opmerkelijk is dat deze ratio dreigt te worden uitgehold door de ruime uitleg die wordt gegeven aan de natrekkingsregel van artikel 5:20 lid 1 BW.¹⁸⁶ Ook als een zaak geen bestanddeel wordt van een onroerende zaak, verliest de verkoper zijn eigendomsrecht als de verkochte zaak een werk is dat duurzaam met de grond is verenigd, hetzij rechtstreeks hetzij door vereniging met andere werken of gebouwen. Voor de natrekking ex artikel 5:20 lid 1 BW is niet vereist dat de zaak tevens bestanddeel is in de zin van artikel 3:4 BW.¹⁸⁷ Het komt slechts aan op de vraag of sprake is van een (indirecte) vereniging met de grond en of de zaak bestemd is duurzaam ter plaatse te blijven. Als gevolg daarvan is het denkbaar dat machines en andere zaken die zijn verenigd met een gebouw, géén bestanddeel zijn van dat gebouw, maar desalniettemin op grond van de werking van artikel 5:20 lid 1 BW aan de eigenaar van de grond toebehoren.¹⁸⁸ Deze paradox is een gevolg van de ruime of soepele invulling die de Hoge Raad aan artikel 5:20 lid 1 BW heeft gegeven.¹⁸⁹

De consequenties daarvan zijn onbevredigend.¹⁹⁰ Hierdoor leidt de toepassing van artikel 5:20 lid 1 BW tot een doorkruising van artikel 3:4 BW, terwijl daaraan bij de verbinding met onroerende zaken onder meer de gedachte ten grondslag ligt dat de verkoper zijn eigendomsrecht niet te snel moet verliezen. Tegen deze achtergrond en gelet op het feit dat niet aannemelijk is dat de Hoge Raad van zijn rechtspraak zal terugkomen, zou ik ervoor willen pleiten de bescherming van de verkoper op andere wijze vorm te geven door hem de mogelijkheid te bieden om door inschrijving van het eigendomsvoorbehoud te voorkomen dat de verkochte zaak direct door natrekking aan de eigenaar van de grond gaat toebehoren.¹⁹¹ Daartoe zou kunnen worden teruggegrepen op het door Meijers voorgestelde artikel 3.1.1.3 lid 3 OM, maar dan niet zozeer als uitzondering op artikel 3:4 BW maar op de natrekkingsregel van artikel 5:20 lid 1 BW, aangezien de problemen zich in de praktijk daar manifesteren. Artikel 3.1.1.3 lid 3 luidde oorspronkelijk:

‘De verkoper van een roerende zaak, die zich bij akte ondanks de levering de eigendom heeft voorbehouden totdat de koopprijs volledig is voldaan, kan, door de akte in de openbare registers te doen inschrijven, voorkomen dat de verkochte zaak vóór de betaling tot een bestanddeel van een bepaalde onroerende zaak wordt gemaakt.’¹⁹²

186 Fikkers 1999b, p. 179, Wichers 2002, p. 112, S.C.J.J. Kortmann, ‘Het nagetrokken grafteken’, *AA* 2003, p. 295-297, Heyman & Bartels 2012, nr. 40, Van der Plank 2016, p. 146-151 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 85a.

187 Zie o.m. T.M., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 120, Wichers 2002, p. 107, Heyman & Bartels 2012, nr. 54-57. Zie voor een alternatieve benadering Van der Plank 2016, p. 146-149.

188 Vgl. Van der Plank 2016, p. 147.

189 Het Oostenrijkse en Duitse recht daarentegen nemen veel minder snel natrekking aan. Zie voor Duitsland met voorbeelden Staudinger/Jickeli & Stieper 2012, § 94 BGB, Rn. 6 e.v. en – toegesneden op industriële installaties – B. Lotz, ‘Der Eigentumsvorbehalt im Baurecht, insbesondere im Anlagenvertrag’ *BauR* 2011, p. 590-596 en ten aanzien van het Oostenrijkse recht Klang/Kisslinger 2011, § 297 ABGB, Rn. 4-6.

190 Zie met vele verwijzingen Heyman & Bartels 2012, nr. 39 e.v.

191 Zie uitgebreid Verheul 2015a, p. 237-244. In gelijke zin A.J. Mes, H.D. Ploeger & B.A.M. Jansen, ‘Eigendom van roerende zaken, met name natrekking’, in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst*, Den Haag: Sdu 2016, p. 162-166 die terecht opmerken dat het voorstel zou moeten gelden voor alle eigenaars.

192 O.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 72.

Aldus zou kunnen worden voorkomen dat (de waarde van) de verkochte zaak toekomt aan de koper en diens schuldeisers, waarbij in het bijzonder aan de hypotheekhouder is te denken. Zij worden door de inschrijving van het eigendomsvoorbehoud niet benadeeld, omdat zij zich bij gebreke van de prestatie van de verkoper evenmin op de zaak zouden kunnen verhalen, terwijl zich niet goed laat rechtvaardigen waarom de overige schuldeisers ten koste van de verkoper zouden moeten profiteren van deze ruime werking van artikel 5:20 lid 1 BW.

Daarbij moet bedacht worden dat de in de vorige paragraaf genoemde bezwaren tegen het handhaven van eigendomsrechten op zaaksdelen niet gelden voor het handhaven van het eigendomsrecht op de zaak, waarvan de koper anders door natrekking eigenaar zou worden. De eenheid tussen de grond en de nage trokken zaak is van geheel andere orde dan de eenheid tussen hoofdzaak en bestanddeel bij roerende zaken.¹⁹³ Dat blijkt onder meer uit de omstandigheid dat de wet sowieso reeds de mogelijkheid biedt om de zaken die door de werking van artikel 5:20 lid 1 BW onroerend worden te verzelfstandigen door middel van de vestiging van een opstalrecht. Voor de verkoper is dat echter geen adequate remedie tegen de werking van de natrekkingsregel.¹⁹⁴ Niet alleen beschermt de vestiging van het opstalrecht niet tegen een eerder gevestigd hypotheekrecht, ook zullen de kosten en moeite van de vestiging van het opstalrecht in de praktijk een (te) hoge drempel opwerpen.¹⁹⁵ Een met artikel 3.1.1.3 lid 3 OM vergelijkbare bepaling die de natrekking opschort gedurende een zekere periode, zou kunnen bewerkstelligen dat het eigendomsrecht van de verkoper bestendig is tegen de werking van de natrekkingsregel. Aldus zou de bepaling stimulerende werking kunnen hebben voor de financiering van de aanschaf van zaken die (indirect) worden verenigd met de grond en die bestemd zijn om duurzaam de bedrijfsuitoefening van de koper te dienen.¹⁹⁶

Een soortgelijke bepaling, zij het uitsluitend ten aanzien van machines, kent het Oostenrijkse recht in § 297a ABGB, zij het dat die bepaling een iets andere strekking heeft. Door inschrijving van het feit dat een ander dan de eigenaar van de onroerende zaak eigenaar is van de desbetreffende machine, kan worden voorkomen dat de machine hulpzaak wordt van de onroerende zaak. De bepaling is daarmee enigszins opmerkelijk, omdat reeds ten tijde van de invoering van de bepaling werd aangenomen dat machines niet alleen geen bestanddeel worden van een gebouw, maar evenmin als hulpzaken (*Zubehör*) hebben te gelden, omdat voor hulpzaakvorming vereist is dat de eigenaar van de onroerende zaak ook eigenaar is van de roerende zaak die bestemd is om de onroerende zaak duurzaam te dienen (zgn. *Eigentümeridentität*).¹⁹⁷ De bepaling lijkt er dan ook met name toe te strekken de hypotheekhouder te beschermen, omdat het al dan

193 H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 105-106 en Wichers 2002, p. 68.

194 Anders: Van der Plank 2016, p. 47, voetnoot 111.

195 S.C.J.J. Kortmann, 'Het object van leasing', in: J.J. van Hees, R.M. Hermans & S.C.J.J. Kortmann, *Vermogensrechtelijke aspecten van leasing*, Lelystad: Vermande 1997, p. 36, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 668 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 249.

196 Zie voor een vergelijkbare regel in het BW van Aruba die ertoe strekt de financierbaarheid van de opwekking van alternatieve energie te bevorderen C. Bollen, 'De aanvulling van het Burgerlijk Wetboek van Aruba', *NJB* 2017, p. 1098.

197 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 489 en Klang/Kisslinger 2011, § 294 ABGB, Rn. 22-23. Voor de Nederlandse hulpzaken ex art. 563 BW (oud) gold hetzelfde. Zie Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 72-73 en Wichers 2002, p. 55.

niet aanwezig zijn van *Eigentümeridentität* niet kan worden waargenomen. De bepaling moet dan ook aldus worden verstaan dat ondanks het ontbreken van *Eigentümeridentität* toch sprake is van hulpzaakvorming, wanneer het eigendomsvoorbehoud niet is ingeschreven.¹⁹⁸ In de literatuur wordt opgemerkt dat de bepaling daarmee uiteindelijk ook de verkoper van de machine beschermt,¹⁹⁹ omdat hij door inschrijving van het eigendomsvoorbehoud kan voorkomen dat zijn eigendomsrecht niet kan worden tegengeworpen aan de hypotheekhouder.²⁰⁰

7.7 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn veelvoorkomende bedreigingen voor het eigendomsvoorbehoud van de verkoper gedurende de periode van onzekerheid onderzocht. Het gaat daarbij met name om bedreigingen als gevolg waarvan het eigendomsrecht van de verkoper tenietgaat. Een uitzondering daarop vormt de oneigenlijke vermenging, die slechts tot gevolg heeft dat verkoper niet meer kan bewijzen of zijn eigendomsrecht nog bestaat dan wel op welk voorwerp zijn eigendomsrecht betrekking heeft. Met betrekking tot de oneigenlijke vermenging is echter geconcludeerd dat het bewijsrecht voldoende flexibel is om in het gros der gevallen tot een oplossing te komen. Slechts in uitzonderingssituaties zullen bewijsproblemen dan nog in de weg staan aan uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, terwijl er goede gronden zijn om ook dan genoeg te nemen met een wat minder strikte invulling van het individualiseringsvereiste.

Voor de situaties waarin het eigendomsrecht van de verkoper tenietgaat door zaaksvorming, doorverkoop, bestanddeelvorming is de terugkerende conclusie dat het eigendomsverlies van de verkoper gerechtvaardigd wordt door bepaalde omstandigheden, maar dat voor de daarmee gepaard gaande waardeverschuiving geen rechtvaardiging bestaat. Dat geldt in het bijzonder tegen de achtergrond van de in hoofdstuk 3 onderzochte rechtvaardiging van het eigendomsvoorbehoud, die immers gelegen is in de neutraliteit van het beding ten opzichte van de overige schuldeisers. Daardoor heeft het bedingen van een eigendomsvoorbehoud geen gevolgen voor de positie van de overige schuldeisers van de koper, terwijl het bovendien niet goed zou zijn te rechtvaardigen dat de overige schuldeisers zich ten koste van de verkoper op de zaak zouden kunnen verhalen.

198 Zie de parlementaire geschiedenis zoals afgedrukt bij Klang/Kisslinger 2011, § 297a ABGB: 'Zeugt der äußere Tatbestand für die dauernde Zugehörigkeit der Maschine zu der Liegenschaft (...), so ist sie als Zugehör der Fabrik zu betrachten, namentlich zu gunsten der auf der Liegenschaft eingetragenen Hypotheken, trotz des etwaigen Eigentumsvorbehaltes des Lieferanten; dem soll jedoch dadurch und nur dadurch vorgebeugt werden können, dass jener Eigentumsvorbehalt öffentlich ersichtlich gemacht wird.'

199 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 490-491 en Klang/Kisslinger 2011, § 297a ABGB, Rn. 3 en 25.

200 Schwimann & Kodek/Hofmann 2012, § 297a ABGB, Rn. 1 en KBB/Eccher & Riss 2017, § 297a ABGB, Rn. 2. Daarbij verdient opmerking dat het ontbreken van inschrijving van het eigendomsvoorbehoud slechts tot bescherming van de hypotheekhouder leidt, op het moment dat deze overgaat tot executie. Indien de verkoper voordien is overgegaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, kan dit niet met een beroep op § 297a ABGB worden verhinderd. De verkoper blijft dus eigenaar van de verkochte zaak, zij het dat hij dit op het moment van executie bij gebreke van een inschrijving niet kan tegenwerpen aan de hypotheekhouder. Zo kan op de bepaling geen beroep worden gedaan door de koper zelf. Zie Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 491, Schwimann & Kodek/Hofmann 2012, § 297a ABGB, Rn. 11 en Klang/Kisslinger 2011, § 297a ABGB, Rn. 21.

Bij zaaksvorming is de rechtvaardiging voor het eigendomsverlies gelegen in de vormende arbeid van de koper, terwijl de toekenning van de eigendom aan de verkoper in strijd zou komen met de functie van het eigendomsvoorbehoud. Het eigendomsverlies bij doorverkoop is een gevolg van het feit dat de verkoper aan de koper de bevoegdheid heeft verleend om de zaak te vervreemden. Bij bestanddeelvorming berust het eigendomsverlies op de gedachte dat het behoud van eigendomsrechten ten aanzien van zaaksdelen zou leiden tot complexiteit aan rechtsmacht over een zaak, waardoor de verhandelbaarheid in het gedrang zou kunnen komen. Uitsluitend in het geval van natrekking bestaat geen overtuigende rechtvaardiging voor het eigendomsverlies, hetgeen niet verwondert omdat dit eigendomsverlies vooral een gevolg is van een te ruime uitleg van artikel 5:20 lid 1 BW in de rechtspraak. Bij handhaving van deze rechtspraak zou remediëring kunnen plaatsvinden door het mogelijk te maken dat de verkoper de natrekking gedurende een zekere tijd voorkomen kan door inschrijving in de openbare registers.

Voor de andere gevallen moet de oplossing voor het tenietgaan van het eigendomsrecht, gelet op de rechtvaardiging voor dat rechtsverlies, niet worden gezocht in het voorkomen van het eigendomsverlies, maar veeleer in het op andere wijze compenseren van de verkoper. Gelet op de rechtvaardiging van het eigendomsvoorbehoud bestaan daarvoor goede gronden. Zolang de vervangende aanspraak van de verkoper beperkt blijft tot de door hem daadwerkelijk bijgedragen waarde, zijn de koper en diens overige schuldeisers niet slechter af. Er is dan ook voorgesteld de verkoper te compenseren bij zaaksvorming, doorverkoop en bestanddeelvorming door hem een pandrecht toe te kennen op respectievelijk de nieuw gevormde zaak, de doorverkoopvordering en de eenheidszaak, waarmee zijn rechtsverlies op andere wijze wordt gecompenseerd.

8 | Positie koper

8.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid. De constructie van het eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde bewerkstelligt dat de tot stand gekomen overdracht nog geen werking heeft, maar leidt er tegelijkertijd toe dat de koper automatisch en zonder meer eigenaar wordt van de verkochte zaak, zodra hij de verschuldigde tegenprestatie voldoet en aldus de voorwaarde in vervulling gaat. Het is de vraag wat de gevolgen zijn van het feit dat de overdracht reeds volledig tot stand is gekomen voor de rechtspositie van de koper. In de literatuur bestaat met name veel aandacht voor de vraag of de koper de door hem reeds geïnvesteerde waarde in de verkochte zaak reeds gedurende de periode van onzekerheid kan mobiliseren, door zijn positie met betrekking tot de verkochte zaak te kunnen verhandelen.

In dit hoofdstuk wordt deze positie van de koper nader gekwalificeerd. Daarbij wordt de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde tot uitgangspunt genomen, omdat slechts van een bijzondere positie van de koper ten aanzien van de verkochte zaak kan worden gesproken, indien duidelijkheid bestaat over de verklaring voor deze goederenrechtelijke werking (paragraaf 8.2). Onderzocht wordt op welke wijze is gewaarborgd dat de koper, ondanks de opgeschorte werking van de overdracht, door vervulling van de voorwaarde zonder meer onvoorwaardelijk eigenaar wordt van de zaak. In dat verband wordt beslissende betekenis toegekend aan artikel 3:84 lid 4 BW, dat bepaalt dat de koper een eigendomsrecht verkrijgt dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen als de overdracht. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de bezwaren tegen een zodanige benadering (paragraaf 8.3), wordt dit voorwaardelijke recht nader gekwalificeerd (paragraaf 8.4) en afgezet tegen het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de verkoper (paragraaf 8.5). In het vervolg van het hoofdstuk staan de mogelijkheden voor de koper om te beschikken over dit voorwaardelijke recht en de moeilijkheden die daarbij kunnen ontstaan centraal (paragraaf 8.9). Aansluitend wordt ingegaan op de rechtsgevolgen van de vervulling van de voorwaarde voor de eigendomsverkrijging (paragraaf 8.10). Tot slot komen de machtsrelatie van de koper ten aanzien van de zaak (paragraaf 8.11) en de verklaring voor een eventuele beschikkingsbevoegdheid van de koper over de zaak aan bod (paragraaf 8.12).

Hoewel vanwege het onderwerp van dit proefschrift in het bijzonder wordt toegespitst op de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud, hebben veel van de beschouwingen in het algemeen betrekking op de positie van de verkrijger uit hoofde van een overdracht onder opschortende voorwaarde gedurende de periode van onzekerheid, aangezien het eigendomsvoorbehoud slechts een verschijningsvorm is van die figuur. Soms leidt de inhoud van de voorwaarde bij het eigendomsvoorbehoud echter tot bijzondere rechtsgevolgen.

Dit hoofdstuk heeft (helaas) een behoorlijke omvang. In de eerste plaats is dit een gevolg van het feit de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid een van de meest omstreden vragen rond het eigendomsvoorbehoud is en het arrest *Rabobank/Reuser* de problematiek geenszins minder controversieel heeft gemaakt. Bovendien is in de literatuur vooralsnog vrijwel uitsluitend toegespitst op de kwalificatie van de positie van de koper, zonder dat de consequenties van die kwalificatie nader zijn doorgerekend en uitgewerkt. Dit hoofdstuk beoogt daartoe een eerste aanzet te geven.

8.2 Kwalificatie rechtspositie koper in het licht van de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde

In hoofdstuk 4 is gebleken dat het eigendomsvoorbehoud een tweeledige doelstelling heeft. Niet alleen is met het beding beoogd dat de verkoper eigenaar blijft tot de koper de verschuldigde prestatie heeft voldaan, ook strekt het beding ertoe dat de koper op dat moment zonder meer en van rechtswege eigenaar wordt van de verkochte zaak. Aldus is gewaarborgd dat beide partijen het voorwerp van hun eigen prestatieplicht pas verliezen op het moment dat zij ook de daartegenoverstaande prestatie ontvangen. Partijen bereiken dit rechtsgevolg door de beide prestatieplichten met elkaar te verstrengelen door middel van een voorwaardelijke overdracht. Dat geschiedt door aan de verbintenis tot overdracht of goederenrechtelijke overeenkomst een voorwaarde te verbinden, die doorwerkt in de overdracht, zodat de overdracht onder dezelfde voorwaarde tot stand komt. Vervolgens is het de vraag op welke wijze binnen het systeem van het vermogensrecht gewaarborgd is dat de vervulling van de voorwaarde ook zonder meer en daadwerkelijk tot gevolg heeft dat het rechtsgevolg van de overdracht – onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging door de koper – ook intreedt.

Het vertrekpunt voor de kwalificatie van de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid moet dan ook de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde zijn. Van een bijzondere beschermde rechtspositie van de koper met betrekking tot de zaak kan namelijk slechts worden gesproken indien de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde is gewaarborgd. Het komt derhalve aan op de vraag op welke wijze binnen het systeem van het vermogensrecht is gegarandeerd dat vervulling van de opschortende voorwaarde ook het door partijen beoogde rechtsgevolg heeft. Het antwoord op die vraag vergt een nadere uiteenzetting over de systematiek van de opschortend voorwaardelijke rechtshandeling.

8.2.1 *De opgeschorte werking van een rechtshandeling*

Door een opschortende voorwaarde te verbinden aan een rechtshandeling kan worden bewerkstelligd dat een scheiding in tijd bestaat tussen de totstandkoming van de rechtshandeling en het beoogde rechtsgevolg, namelijk de werking van de rechtshandeling.¹ Daarmee wijkt een opschortend voorwaardelijke rechtshandeling af van de normale gevolgen van een rechtshandeling.² In het algemeen bestaat er namelijk een samenvallende tijd van de totstandkoming van de rechtshandeling en haar werking.³ Men kan in dat verband spreken van de concentratie van de rechtshandeling op een bepaald tijdstip: het ontstaan van een rechtshandeling en haar werking concentreren zich op hetzelfde moment, namelijk het moment dat aan de totstandkomingsvereisten van de desbetreffende rechtshandeling is voldaan. Zo geldt voor de eigendomsoverdracht (art. 3:84 BW) dat het rechtsgevolg – de eigendomsovergang – terstond plaatsvindt indien aan alle vereisten voor overdracht is voldaan. Het rechtsgevolg van de overdracht volgt gewoonlijk onmiddellijk op het moment dat aan alle vereisten is voldaan. Von Jhering sprak in dit verband van de *Simultanität der Wirkungen* van een rechtshandeling:

‘Wenn der Thatbestand des Rechtsgeschäfts vorliegt, so existirt es, und daß es existirt, äußert es dadurch, daß es wirkt – ein Aufschub der Existenz oder der Wirkungen des Rechtsgeschäfts enthält demgemäß eine logische Unmöglichkeit. (...) Ein leerer Zwischenraum zwischen dem Rechtsgeschäft und der Entstehung des Rechts ist eben so unmöglich, wie eine Trennung von Ursache und Wirkung, oder eine Geburt, bei der das Leben erst nach einiger Zeit beginnen soll.’⁴

Bij een rechtshandeling onder opschortende voorwaarde wordt dit simultaneïteitsdogma ogenschijnlijk doorbroken, nu daarbij een tijdsspanne verstrijkt tussen de totstandkoming van de rechtshandeling en haar werking.⁵ De verklaring voor dit uiteenvallen van totstandkoming en de rechtsgevolgen van de rechtshandeling heeft in de loop der tijd dan ook voor veel hoofdbrekens gezorgd.

Lange tijd werd ter overbrugging van deze schijnbaar onmogelijke tijdsspanne aangenomen dat er in werkelijkheid helemaal geen sprake was van een dergelijke scheiding in tijd. Door middel van de door Bartolus op gang gebrachte leer van de terugwerkende kracht werd aangenomen dat de vervulling van de voorwaarde terugwerkte tot het moment waarop de voor de rechtshandeling noodzakelijke handelingen waren verricht.⁶ Daarmee is achteraf gezien het

¹ Vgl. Stolz 2015, p. 252-253.

² MünchKomm-BGB/Westermann 2015, § 158 BGB, Rn. 1 en Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 3. Vgl. ook Stolz 2015, p. 253 die opmerkt dat eigenlijk niet zozeer een verklaring moet worden gevonden voor de omstandigheid dat bepaalde gevolgen ondanks de opgeschorte werking reeds intreden, maar juist voor de omstandigheid dat de andere gevolgen vooralsnog niet intreden.

³ Von Tuhr 1914, p. 5-6 en Blomeyer 1938, p. 1.

⁴ R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Theil. Erste Abtheilung*, Leipzig: Breitkopf 1865, p. 164-165.

⁵ Vgl. Blomeyer 1938, p. 4 e.v. en Schiemann 1973, p. 106.

⁶ Zie daarover Schiemann 1973, *passim* en HKK-BGB/Finkenauer 2003, §§ 158-163 BGB, Rn. 9.

simultaneïteitsdogma volstrekt gewaarborgd. Met name in de negentiende eeuw is men deze verklaring aan de hand van de terugwerkende kracht echter met steeds meer scepsis gaan benaderen. Naast het feit dat voor deze constructie geen steun zou zijn te vinden in de bronnen van het Romeinse recht werd met name bezwaar gemaakt tegen het fictionele karakter van deze verklaringswijze.⁷ In werkelijkheid wordt hiermee bovendien überhaupt geen verklaring gegeven, maar enkel het probleem verplaatst naar een andere vraag, namelijk waarom vervulling van de voorwaarde terugwerkende kracht heeft.⁸

Gangbaar werd dan ook een tweede benadering, waarin de gebondenheid van partijen gedurende de periode van onzekerheid voorop werd gesteld en enkel werd uitgegaan van een opgeschorte werking van de rechtsgevolgen.⁹ Daarmee werd het simultaneïteitsdogma in zekere zin verlaten, omdat werd aanvaard dat tussen de totstandkoming van een rechtshandeling en haar rechtsgevolgen een 'leerer Zwischenraum' kon bestaan.¹⁰ Ter verklaring van deze mogelijkheid wordt in deze benadering beslissend gewicht toegekend aan de wil van partijen.¹¹ Als uitgangspunt leidt de totstandkoming van een rechtshandeling terstond tot de daarmee beoogde rechtsgevolgen, maar aangezien de totstandkoming van de rechtshandeling berust op de partijautonomie, kunnen partijen door middel van een voorwaarde ook de rechtsgevolgen insnoeren, in die zin dat de werking van de rechtshandeling pas later aanvang neemt.¹² Zo beschouwd leidt het verbinden van een voorwaarde aan een rechtshandeling tot een uitzondering op het simultaneïteitsdogma, die gebaseerd wordt op de door de wet toegelaten contractsvrijheid, die het mogelijk maakt een voorwaarde aan een rechtshandeling te verbinden.¹³

In deze benadering is de rechtspositie van partijen gedurende de periode van onzekerheid daarentegen minder eenvoudig te verklaren. Wanneer men uitgaat van de terugwerkende kracht van de vervulling van de voorwaarde geldt dat in veel mindere mate, omdat achteraf gefingeerd wordt dat er helemaal geen periode van onzekerheid heeft bestaan. Het verwondert dan ook niet dat de leer die aanknoopt bij de wilsgebondenheid en de opgeschorte werking in eerste instantie nog uitging van een verklaring die sterk aanleunt tegen het terugwerkingsdogma: vervulling van de voorwaarde heeft weliswaar geen terugwerkende kracht

7 Zie met uitgebreide verwijzingen Schiemann 1973, *passim*.

8 Vgl. Radke 2001, p. 83: 'Genau besehen offenbart die Fiktion nur das Problem, dessen Lösung sie enthalten soll.'

9 De aanzet daartoe werd gegeven door Windscheid 1851, p. 17-19.

10 Niet helemaal, omdat de hierna te bespreken *Vorwirkungen* nu juist zorgen voor een overbrugging. Vgl. Schiemann 1973, p. 106.

11 In zoverre verschilt deze leer niet wezenlijk van de terugwerkende kracht, die namelijk dikwijls ook werd teruggevoerd op de veronderstelde partijwil. Zie bijv. G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt. Tiende deel*, Groningen: Wolters 1886, p. 261-262 en Suijling 1934, p. 421.

12 Vgl. Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB, Rn. 14: 'Funktionsweise der Bedingung ist die privatautonome Beschränkung der Geltung rechtsgeschäftlich gestalteter Wirkungen auf einen bestimmten Fall, nämlich den Eintritt oder Nichteintritt eines Umstands. Wie die Wirkungen des Rechtsgeschäfts selbst auf der Privatautonomie der Parteien beruhen, so steht es diesen als der normsetzenden Autorität auch frei, den Anwendungsbereich ihrer privatautonom getroffenen Anordnung selbst zu bestimmen.'

13 Von Tuhr 1914, p. 145-146 en Von Tuhr 1918, p. 271. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 16: 'De voorwaarde is een middel dat de autonomie van partijen uitbreidt tot de toekomst' en Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB, Rn. 12-14. Vgl. Stolz 2015, p. 252-253, p. 313 en p. 321-324.

(*Rückwirkung*), maar wel een *Rückziehung* tot gevolg.¹⁴ Uiteindelijk is men echter geheel losgekomen van het terugwerkingsdogma en heeft zich een ander begrip doorgezet ter verklaring van met name de positie van de opschortend voorwaardelijk gerechtigde, namelijk de zogenoemde *Vorwirkung*; een begrip dat werd gemunt door Fitting.¹⁵ Dit stelsel, waarin wordt uitgegaan van het terstond tot stand komen van de voorwaardelijke rechtshandeling met een uitgestelde werking gecombineerd met een zekere *Vorwirkung*, ligt zowel ten grondslag aan het Duitse recht (§ 158 BGB) alsook aan het Nederlandse recht (art. 6:22 BW).¹⁶

8.2.2 De derdenwerking van de voorwaardelijke beschikking

Met het verlaten van het terugwerkingsdogma en het tot uitgangspunt nemen van de gebondenheid van partijen gecombineerd met een uitgestelde werking van de opschortend voorwaardelijke rechtshandeling, ontstaat een lacune in geval van een beschikking onder opschortende voorwaarde.¹⁷ De gebondenheid van partijen kan immers wel verklaren waarom partijen gedurende de periode van onzekerheid niet eenzijdig kunnen verhinderen dat de rechtsgevolgen van de rechtshandeling intreden met het in vervulling gaan van de voorwaarde, maar kan niet verklaren waarom deze werking ook intreedt ten opzichte van derden.¹⁸

Als men namelijk blijft steken bij de constatering dat de overdracht weliswaar tot stand is gekomen, maar nog geen werking heeft, zou niet goed zijn te verklaren waarom derden de uiteindelijke werking van de overdracht op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat tegen zich moeten laten gelden. De derdenwerking van een overdracht berust gewoonlijk namelijk op het rechtsgevolg van de

14 Fitting 1856, p. 5-21. Deze *Rückziehung* verschilt in zoverre van de *Rückwirkung* dat niet wordt uitgegaan van de fictie van de terugwerkende kracht. De rechtsgevolgen van de voorwaardelijke rechtshandeling werken derhalve niet terug tot het moment van de totstandkoming van de rechtshandeling, maar zijn reeds vanaf het moment van totstandkoming aanwezig. De aan de rechtshandeling verbonden voorwaarde versluiert deze rechtsgevolgen echter in zoverre, dat pas met vervulling van de voorwaarde 'die eigentliche wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes offenbar und bestimmt wird' (Fitting 1856, p. 6). De rechtsgevolgen verkrijgen dus niet pas werking op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, maar de vervulling van de voorwaarde bewerkstelligt slechts dat de reeds voorheen aanwezige rechtsgevolgen daadwerkelijk zichtbaar worden. De vervulling van de voorwaarde heeft daarmee geen constitutieve maar slechts declaratoire gevolgen. Scherp komt dit onderscheid tot uitdrukking bij Fitting 1856, p. 118. Per saldo schuurt zij echter nog sterk aan tegen de leer van de terugwerkende kracht.

15 Fitting 1856, p. 21 e.v. en t.a.v. voorwaardelijke beschikkingen m.n. p. 62-68. Zie ook HKK-BGB/Finkenauer 2003, §§ 158-163 BGB, Rn. 9.

16 HKK-BGB/Finkenauer 2003, §§ 158-163 BGB, Rn. 18 en Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 61. Vgl. voorts Flume 1992, p. 689 en Hartkamp 2003, p. 894. Ook het Oostenrijkse recht heeft zich onder invloed van de gemeenrechtelijke theorie en het Duitse recht in deze richting ontwikkeld. Zie Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB. Rn. 9 en 48 e.v. Ook de Nederlandse doctrine ontwikkelde zich onder het Oud BW reeds richting deze systematiek. Zie met verdere verwijzingen Stolz 2015, p. 204-207. Op welke wijze in een zodanig stelsel – d.w.z. zonder de fictie van de terugwerkende kracht – de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde vervolgens was gewaarborgd, bestond onder het oude recht veel onduidelijkheid. Zie hiervoor in hoofdstuk 4, paragraaf 4.8.2.

17 Illustratief is dat Windscheid 1851, p. 21-22, die aan de wieg stond van de nieuwe opvatting, hiervoor geen sluitende verklaring weet te geven. Zie Schiemann 1973, p. 97-98, Radke 2001, p. 84 en Scheltema 2003, p. 200. Later werd deze visie verder ontwikkeld en werd ook aangenomen dat sprake was van een 'Gebundenheit der Sache'. Zie bijv. Fitting 1856, p. 65-68, i.h.b. voetnoot 103 waar het aankomt op de opvatting van Windscheid, Vangerow 1863, p. 147 en Von Jhering 1871, p. 472-473, p. 494, p. 510, p. 523-524, p. 529-530, p. 532-536. In zekere zin treft men deze visie ook nog aan in de huidige literatuur. Zie hierna in paragraaf 8.2.4.

18 Zie Vriesendorp 1985a, p. 52, Scheltema 2003, p. 326, i.h.b. voetnoot 31 en Stolz 2015, p. 945, p. 988, p. 993-994 en p. 1019-1021. Vgl. ook Radke 2001, p. 84.

overdracht, namelijk de eigendomsovergang. Als A een zaak aan B overdraagt, is deze overdracht vervolgens aan C tegenwerpbaar, niet omdat tussen A en B een overdracht tot stand is gekomen, maar omdat B door deze overdracht eigenaar is geworden, terwijl dit eigendomsrecht als goederenrechtelijk recht tegenwerpbaar is aan C. Het is aldus de wijziging in toebehoren die enerzijds bewerkstelligt dat de verkrijger een aan derden tegenwerpbaar recht krijgt, terwijl de vervreemder daardoor zijn beschikkingsbevoegdheid verliest: omdat A de zaak al aan B heeft overgedragen, kan hij de zaak niet meer aan C overdragen.

Problematisch wordt dit bij een overdracht onder opschortende voorwaarde. Omdat de overdracht nog geen werking heeft, vindt er vooralsnog geen goederenrechtelijke mutatie plaats. Zonder nadere systematiek zou zich dan ook niet goed laten verklaren waarom de vervulling van de voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft. Indien de overdracht nog geen werking heeft, zou men moeten concluderen dat de verkoper gedurende de periode van onzekerheid nog onvoorwaardelijk eigenaar is. Een tussentijdse vervreemding door de verkoper zou vervolgens verhinderen dat de koper door vervulling van de voorwaarde eigenaar wordt. Weliswaar is de verkoper gebonden aan de overdracht aan de koper, die werking verkrijgt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, maar aangezien het object van de overdracht niet meer aanwezig is in het vermogen van de verkoper, zou de overdracht alsnog geen effect sorteren. Evenmin zou zich een eigendomsovergang van de derde aan wie de verkoper de zaak tussentijds heeft overgedragen op de koper bij vervulling van de voorwaarde laten verklaren, nu de derde van een beschikkingsbevoegde heeft verkregen en zelf niet gebonden is aan de voorwaardelijke overdracht die de verkoper en koper tot stand hebben gebracht. Vriesendorp ziet hierin dan ook een leemte in de huidige systematiek en bepleit een wettelijke bepaling die de verkoper zou beperken in diens beschikkingsbevoegdheid, omdat 'de verkoper na de levering aan hem [de koper; toevoeging EFV] slechts beschikkingsbevoegd [dient] te zijn indien hij handelt met toestemming van de koper onder eigendomsvoorbehoud.'¹⁹

Ook de Duitse wetgever zag hierin een lacune in de systematiek die uitgaat van het terstond tot stand komen van een opschortend voorwaardelijke rechtshandeling, maar met een uitgestelde werking. Omdat de werking van de beschikking is uitgesteld, zou de verkoper als volledig eigenaar de zaak aan een derde kunnen vervreemden, waardoor de voorwaardelijke overdracht in het water zou vallen.²⁰ Teneinde de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde desondanks te waarborgen, is door de Duitse wetgever § 161 BGB opgenomen, die bepaalt dat een tussentijdse beschikking door de verkoper – ondanks het feit dat hij volledig eigenaar is – de eigendomsverkrijging door de koper niet kan frustreren.²¹ Met de bepaling is de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde naar Duits recht gewaarborgd. Als gevolg daarvan heeft de koper een

19 Vriesendorp 1985a, p. 45-55, waarbij hij verwijst naar art. 1:438 lid 2 BW.

20 Staudinger/Bork 2015, § 161 BGB, Rn. 1 en MünchKomm-BGB/Westermann 2015, § 161 BGB, Rn. 1. Zie ook hierna in paragraaf 8.2.7.

21 Flume 1992, p. 705, Erman/Armbrüster 2011, § 161 BGB, RN. 1 en Staudinger/Bork 2015, § 161 BGB, Rn. 1.

beschermde rechtspositie: zijn eigendomsverkrijging kan niet worden gefrustreerd door tussentijdse gebeurtenissen in de periode van onzekerheid. Deze beschermde rechtspositie heeft in de Duitse doctrine geleid tot de erkenning en ontwikkeling van het *Anwartschaftsrecht*.²²

8.2.3 *De beschermde rechtspositie van de koper*

Ook in de Nederlandse literatuur wordt veelal de beschermde rechtspositie van de koper tot uitgangspunt genomen, om vervolgens te onderzoeken hoe deze positie nader gekwalificeerd moet worden en of de koper ook over deze ‘beschermde rechtspositie’ reeds voor vervulling van de voorwaarde kan beschikken.²³ Aangezien de eigendomsverkrijging uitsluitend nog afhankelijk is van de vervulling van de voorwaarde, zou sprake zijn van een goederenrechtelijk gesecureerde eigendomsverwachting. Meer recent is door Stolz betoogd dat de mogelijkheid om te kunnen beschikken over een recht uit hoofde van een voorwaardelijke overdracht (uitsluitend) zou moeten afhangen van de vraag of iemand een beschermde rechtspositie heeft, welke vraag hij voor de koper onder eigendomsvoorbehoud bevestigend beantwoordt.²⁴ Deze benadering is duidelijk geïnspireerd door het Duitse recht, waarin van een *Anwartschaftsrecht* wordt gesproken indien ‘von einem mehraktigen Erwerbstatbestand schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß von einer gesicherten Rechtsstellung des Erwerbers gesprochen werden kann, die der Veräußerer nicht mehr einseitig zu zerstören vermag.’²⁵

Zoals hiervoor aan de orde kwam, is daarvan naar Duits recht sprake bij een overdracht onder opschortende voorwaarde, omdat § 161 BGB bewerkstelligt dat de vervreemder de positie van de verkrijger niet meer eenzijdig kan frustreren. § 161 (1) BGB bepaalt namelijk dat beschikkingen door de vervreemder gedurende de periode van onzekerheid, behoudens derdenbescherming, bij het intreden van de voorwaarde ongeldig zijn, voor zover zij de eigendomsverkrijging zouden verhinderen of nadelig zouden beïnvloeden. Onder tussenbeschikkingen vallen niet uitsluitend vervreemdingen door de verkoper gedurende de periode van onzekerheid, maar ook beschikkingen door de curator van de vervreemder of

22 Vgl. Blomeyer 1954, p. 244: ‘Sie bildet die Grundlage für das *Anwartschaftsrecht* des Erwerbers.’ In gelijke zin Raiser 1961, p. 18-19, Serick 1963, p. 245 en p. 251, Soergel/Wolf 1999, § 161 BGB, Rn. 1 en Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 55. Zie Hoffmann 2016, p. 291 die bekritiseert dat ‘diese gesetzliche “Keimzelle” der Dinglichkeit in der Lehre vom *Anwartschaftsrecht* mittlerweile immer mehr zur Fußnote wird.’

23 Zie bijv. Bartels 1997, p. 83-84, Jansen 2001, p. 288-289, Snijders 2006, p. 226, Struycken 2007, p. 557, Faber 2007, p. 49, Steneker 2012, nr. 38, Reehuis 2013, nr. 78, Wibier 2013, p. 287, Spath 2014, p. 379, Nieuwesteeg 2015, p. 168 en Kok 2015, p. 687-688 alwaar steeds de beschermde of sterke positie van de koper voorop wordt gesteld en vervolgens de vraag wordt behandeld hoe deze positie nader gekwalificeerd moet worden. Vgl. ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), die voorafgaand aan haar analyse de beschermde positie van de koper in punt 2.25 voorop stelt.

24 Stolz 2015, p. 1043-1044.

25 BGH 5 januari 1955, *NJW* 1955, 544, nadien veelvuldig herhaald, bijvoorbeeld in BGH 18 december 1967, *NJW* 1968, 493 en BGH 30 april 1982, *NJW* 1982, 1639. Zie uit de literatuur Schwerdtner 1980, p. 613, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 48-49 en Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 53.

door diens schuldeisers bij wijze van executie.²⁶ Aldus is de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden gewaarborgd: zodra de voorwaarde in vervulling gaat, zijn alle tussentijdse beschikkingen ongeldig, zodat zij niet aan de eigendomsverkrijging door de koper in de weg kunnen staan. Naar Duits recht staat daarmee vast dat de koper een beschermde rechtspositie heeft. Vanuit dat uitgangspunt is de rechtspositie van de koper in de loop der tijd vervolgens als *Anwartschaftsrecht* gekwalificeerd en is aangenomen dat hij over dat recht kan beschikken.²⁷

Tegen de achtergrond van het voorgaande komt de typering van de positie van de koper als beschermd gedurende de periode van onzekerheid voor het Nederlandse recht neer op een *petitio principii*.²⁸ De positie van de koper is namelijk pas beschermd indien de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde is gewaarborgd. Hoewel naar Nederlands recht buiten kijf staat dat vervulling van de voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft, neemt dat niet weg dat daarvoor een verklaring moet worden gegeven, alvorens aan de goederenrechtelijke werking ook bepaalde consequenties kunnen worden verbonden voor de rechtspositie van de koper gedurende de periode van onzekerheid. De beschermde rechtspositie van de koper kan dan ook niet als verklaring voor de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde worden aangedragen, omdat aldus geredeneerd wordt aan de hand van hetgeen nog bewezen moet worden.

8.2.4 De beperking van het eigendomsrecht van de verkoper

Veelal wordt de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde impliciet gezocht in de omstandigheid dat de verkoper gedurende de periode van onzekerheid nog slechts eigenaar onder ontbindende voorwaarde zou zijn, zodat hij ook nog slechts kan beschikken over een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. De *nemo-plus*-regel bewerkstelligt vervolgens dat derden ook geconfronteerd worden met deze beperking van het eigendomsrecht door de voorwaarde. Dat de verkoper nog slechts eigenaar onder ontbindende voorwaarde is en diens gevolg nog enkel kan beschikken over het door de voorwaarde beperkte eigendomsrecht is voor het Nederlandse recht vrijwel onbestreden. Zowel de wetgever als de Hoge Raad heeft zich in die zin uitgelaten en ook in de literatuur treft men nauwelijks een andere opvatting aan.²⁹

26 BGB-RGRK/Steffen 1982, § 161 BGB, Rn. 4, Staudinger/Bork 2015, § 161 BGB, Rn. 9 en MünchKommBGB/Westermann 2015, § 161 BGB, Rn. 12-14. De beschermde rechtspositie van de verkrijger onder opschortende voorwaarde is dus niet zozeer een gevolg van de omstandigheid dat de beschikking reeds tot stand is gebracht, maar zonder werking is gebleven, maar van de wetsduiding van § 161 BGB. Aldus expliciet BGH 30 mei 1958, *NJW* 1958, 1286.

27 Zie hiervoor in voetnoot 22.

28 Zie bijv. Van Boom 2017, p. 417 die de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde en de beschermde positie (in het bijzonder de faillissementsbestendigheid) van de koper voorop stelt en vervolgens het arrest HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*) bekritiseert, waarbij hij voorbijgaat aan de omstandigheid dat de beschermde positie van de koper en de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde – ondanks het feit dat het geding was toegesneden op de beschikkingsvraag – strikt genomen afhangen van de in dat arrest beslechte rechtsvraag.

29 Mezas 1985, p. 34-36, Reehuis 1987, p. 150, Kortmann 1992, p. 205, Bartels 1997, p. 83, Faber 1997, p. 215-216, Van Hees 1997, p. 99-101, Reehuis 1998, p. 51, Van Swaaij 2000, p. 190, Jansen 2001, p. 286, Scheltema 2003, p. 360, Hartkamp 2005, p. 111, Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006, nr. 220c, Faber 2007,

Deze benadering is in die zin begrijpelijk, dat een beperking van de beschikingsmacht van de verkoper noodzakelijk is om de goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden te waarborgen, wanneer deze goederenrechtelijke werking niet op andere wijze – zoals door de fictie van de terugwerkende kracht van de vervulling van de voorwaarde of een specifieke beschermingsbepaling als § 161 BGB – is gegarandeerd. Bij gebreke van een dergelijke beperking van de beschikingsmacht zou de verkoper de eigendomsverkrijging van de koper immers eenvoudig kunnen verijdelen door de zaak tussentijds aan een derde over te dragen.

Onduidelijk blijft in deze benadering evenwel *waarom* de verkoper gedurende de periode van onzekerheid nog slechts een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde heeft. Geregeld wordt aangenomen dat het eigendomsrecht van de verkoper belast is met de voorwaarde of dat de voorwaarde het eigendomsrecht van de verkoper beperkt.³⁰ Op welke wijze een dergelijke beperking of belasting van het eigendomsrecht wordt gerealiseerd, blijft daarbij vaak onduidelijk of zelfs onbesproken.³¹ Zij laat zich niet zonder meer uit het karakter van de overdracht onder opschortende voorwaarde afleiden. De aan de overdracht verbonden voorwaarde heeft immers tot gevolg dat de werking van de overdracht is uitgesteld tot het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat (vgl. art. 6:22 BW).³² Tot het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, heeft de overdracht strikt genomen geen werking. Hoe een overdracht zonder werking kan leiden tot een beperking van het eigendomsrecht, is niet aanstonds duidelijk. Tegen deze achtergrond laat zich de opvatting van Vriesendorp goed begrijpen: indien de overdracht nog geen werking heeft, is de verkoper nog volledig eigenaar.³³

Hoe komt het dan toch tot deze beperking van het eigendomsrecht van de verkoper, welke beperking door vrijwel de gehele literatuur alsook de wetgever en de Hoge Raad als een gegeven wordt aangenomen?

8.2.5 *De betekenis van artikel 3:84 lid 4 BW*

Het raadsel wordt ontsluit door artikel 3:84 lid 4 BW. Uit de Toelichting-Meijers blijkt dat het artikellid een vermoeden beoogt te geven met de strekking dat wanneer ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis wordt geleverd, óók de overdracht onder dezelfde voorwaarde geschiedt:

p. 50, Peter 2007, p. 140 en p. 142, Reehuis 2010, nr. 102, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 411, nr. 493 en nr. 497, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 126 en nr. 967a, Reehuis 2013, nr. 53, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 241, Hijma & Olthof 2014, p. 96, Rongen 2014, p. 305, Kaptein 2014, p. 208, Spath 2014, p. 382 en Kortmann in punt 4 van diens noot onder HR 28 november 2014, *JOR* 2015, 26. In die richting ook Stolz 2015, p. 910 volgens wie de voorwaardelijke beschikking tot gevolg heeft dat nadien getroffen beschikkingen komen te eindigen met het intreden van de voorwaarde. Zie uit de parlementaire geschiedenis T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 186, M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1241 en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 145 en Rapport aan de Koningin, *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 151 en uit de rechtspraak HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 252 m.nt. W.M. Kleijn (*Puinbreker*).

³⁰ Zie de vindplaatsen in voetnoot 29.

³¹ Stolz 2015, p. 947-948.

³² Reehuis 2010, nr. 93, Reehuis 2013, nr. 77, Wibier 2013, p. 290 en Spath 2014, p. 379. Zie ook de twijfels bij Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 522.

³³ Vriesendorp 1985a, p. 30: 'een levering op grond van die verbintenis [kan] de verkrijger nimmer een *recht* verschaffen (...), nu haar werking immers is opgeschort.' Zo ook H.B. Reehuis 2016, p. 136. Zie ook Vriesendorp 1985a, p. 52: 'Op grond van de enkele overeenkomst met de koper onder eigendomsvoorbehoud valt een inperking van de beschikkingsbevoegdheid niet te baseren; deze afspraak heeft geen derdenwerking.'

‘Een levering kan onder voorwaarde geschieden. Is een overeenkomst, die tot levering verplicht, onder voorwaarde aangegaan, dan is de bedoeling van partijen, dat ook de levering onder dezelfde voorwaarde geschiedt, al zou dit niet bij de levering nogmaals overeengekomen zijn. Het vierde lid zegt dit met zoveel woorden, om kwesties dienaangaande te voorkomen.’³⁴

Zoals in hoofdstuk 4 is uiteengezet, volgt een dergelijke systematiek reeds uit de doorwerking van de aan de titel verbonden voorwaarde: de aan de titel verbonden voorwaarde bewerkstelligt dat de overdracht onder dezelfde voorwaarde geschiedt.³⁵ Zij berust op de werking van het causale stelsel van overdracht, waarin de modaliteiten van de titel de omvang en werking van de overdracht bepalen, zodat het enigszins onduidelijk is waarom artikel 3:84 lid 4 BW dit nog eens uitdrukkelijk bepaalt.

Meijers lijkt met name geschillen hebben willen voorkomen over de vraag of partijen bij de levering niet alsnog een onvoorwaardelijke overdracht zouden zijn overeengekomen. Op welke wijze een dergelijke afspraak op dat moment haar beslag zou moeten krijgen, wordt daarbij echter niet duidelijk. Denkbaar is dat Meijers met artikel 3:84 lid 4 BW het verweer heeft willen voorkomen dat uit de omstandigheid dat partijen de zaak direct leveren, zou moeten worden afgeleid dat partijen de verbintenis hebben willen wijzigen in een onvoorwaardelijke verbintenis. Dan zou de bepaling echter wel een zeer specifiek geval op het oog hebben, omdat partijen gewoonlijk met de levering ter uitvoering van de verbintenis onder opschortende voorwaarde zullen beogen dat de overdracht onder dezelfde voorwaarde geschiedt.³⁶

Ook valt niet geheel uit te sluiten dat Meijers ten tijde van de redactie van artikel 3:84 lid 4 BW de gevolgen van het causale stelsel van overdracht nog niet geheel doorgrondde. Dat dit geen volstrekt speculatieve aanname is, blijkt uit de omstandigheid dat de toelichting bij artikel 3:84 lid 4 BW een opmerkelijke gelijkenis vertoont met een passage uit een opstel van Meijers uit 1917 waarin hij de verhouding van een overdracht onder voorwaarde tot een abstract stelsel van eigendomsoverdracht uiteenzet.³⁷

‘De erkenning van een levering onder ontbindende voorwaarde met werking ten nadeele van derde-verkrijgers is zeer goed verenigbaar met het losmaken van de rechtsgeldigheid der levering van die van het daaraan voorafgaand contract. Zoo vindt men b.v. (...) in het Deutsche Bürgerlijk Wetboek het verband tusschen contract en levering verbroken, desniettemin erkent men (...) leveringen onder ontbindende voorwaarden, die ook ten nadeele van latere eigenaars werken. Men zal opmerken, dat aldaar sprake is van ontbindende voorwaarden die bij de *levering* gesteld moeten zijn. Echter in de eerste plaats zal nog moeten blijken, dat dit in ons tegenwoordig recht anders is. In de tweede plaats zal men moeten toegeven, dat wanneer partijen bij een contract om te geven een ontbindende voorwaarde stellen, zij toch deze voorwaarde wel tevens bedoeld hebben als een ontbindende voorwaarde voor de levering.’³⁸

34 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 318. Ik merk nogmaals (zie voetnoot 47 van hoofdstuk 4) op dat Meijers de begrippen levering en overdracht niet scherp onderscheidde. Ik ga er dan ook van uit dat met levering onder voorwaarde overdracht onder voorwaarde is bedoeld. Daarvoor pleit bovendien dat een overeenkomst niet tot levering verplicht, maar tot overdracht.

35 Zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.

36 Zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.1.

37 Zie ook Stolz 2015, p. 934.

38 E.M. Meijers, ‘Levering en rechtstitel’, *WPNR* 1917 (2456), p. 23.

In een abstract stelsel van eigendomsoverdracht is een zodanig vermoeden van belang, omdat een aan de titel verbonden voorwaarde niet doorwerkt in de overdracht. Voor een causaal stelsel van eigendomsoverdracht is dit vermoeden daarentegen, afgezien van de hiervoor besproken mogelijkheid dat partijen de titel bij de levering wijzigen, overbodig.³⁹ Artikel 3:84 lid 4 BW maakt dan slechts duidelijk dat partijen vermoed worden bij de levering niet (impliciet) alsnog de titel hebben gewijzigd in een onvoorwaardelijke titel.

Artikel 3:84 lid 4 BW bepaalt echter meer dan dat alleen. Zou Meijers hebben willen volstaan met een dergelijk vermoeden, dan had artikel 3:84 lid 4 BW als volgt kunnen luiden:

‘Wordt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis geleverd, dan geschiedt de overdracht onder dezelfde voorwaarde.’

Maar artikel 3:84 lid 4 BW bepaalt niet enkel dat de overdracht onder dezelfde voorwaarde geschiedt, maar maakt tegelijkertijd duidelijk wat het rechtsgevolg is van een zodanige voorwaardelijke overdracht. Wanneer een overdracht plaatsvindt onder (opschortende) voorwaarde, wordt door de verkrijger namelijk een recht verkregen dat is onderworpen aan dezelfde voorwaarde.⁴⁰ Daarmee is voor een systematiek gekozen waarbij niet de gehele werking van de overdracht is opgeschort,⁴¹ maar de overdracht reeds voor vervulling van de voorwaarde bepaalde rechtsgevolgen heeft, juist om de goederenrechtelijke werking te garanderen. De wet verleent in artikel 3:84 lid 4 BW namelijk toch een zekere werking aan de overdracht onder opschortende voorwaarde, in die zin dat de aan de overdracht verbonden voorwaarde niet belet dat de overdracht haar werking heeft, maar veeleer bewerkstelligt dat de aan de overdracht verbonden voorwaarde doorwerkt in het recht dat wordt verkregen uit hoofde van de overdracht.⁴² Net zoals de aan de verbintenis tot overdracht verbonden opschortende voorwaarde niet verhindert dat reeds een overdracht tot stand wordt gebracht, belet de aan de overdracht verbonden opschortende voorwaarde evenmin dat reeds een rechtsovergang plaatsvindt, zij het dat het recht dat uit hoofde van die overdracht wordt verkregen eveneens afhankelijk is van de voorwaarde.⁴³

39 Stolz 2015, p. 935. Anders: H.B. Reehuis 2016, p. 133.

40 Vgl. Mijnsen 1981, p. 646.

41 Zie ook T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 185, alwaar wordt opgemerkt dat bij een opschortende voorwaarde ‘de rechtshandeling eerst na (...) de vervulling der voorwaarde haar *volledig* gevolg [heeft]’ (curs. toegevoegd), waaruit kan worden afgeleid dat er voor die tijd ook reeds een zeker rechtsgevolg intreedt.

42 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 411, Scheltema 2013, p. 161. Zie ook Verstijlen 2007, p. 825 en Rongen 2014, p. 313-314.

43 Vgl. Reehuis 2010, nr. 93, alwaar gesproken wordt van een doorwerking van de titel in de gevolgen van de levering, in die zin dat de levering resulteert in een recht dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen, welke constructie door Reehuis echter alleen wordt aanvaard voor de ontbindende voorwaarde.

Men kan dat een merkwaardige systematiek vinden,⁴⁴ maar daarbij dient wel bedacht te worden dat het in de eerste plaats de wet is die bepaalt welke gevolgen aan een (voorwaardelijke) overdracht worden toegekend. Bovendien laat zich, bij gebreke van aan vervulling van de voorwaarde verbonden terugwerkende kracht of een met § 161 BGB vergelijkbare bepaling, de goederenrechtelijke werking van de vervulling anders niet construeren.⁴⁵ Het terstond doen overgaan van een door de voorwaarde beperkt recht is derhalve noodzakelijk om de goederenrechtelijke werking te handhaven in een stelsel dat niet uitgaat van terugwerkende kracht en geen wettelijke beschermingsbepaling in de trant van § 161 BGB kent. Hierna zal bovendien blijken dat het Nederlandse recht met deze systematiek sterk lijkt op het Oostenrijkse recht en ook minder ver verwijderd staat van het Duitse recht dan op het eerste gezicht gedacht zou kunnen worden.⁴⁶ Zij past tot slot ook goed in de systematiek van voorwaardelijke rechtshandelingen, waaraan dikwijls bepaalde voorwerkingen toekomen teneinde te garanderen dat het beoogde rechtsgevolg met vervulling van de voorwaarde ook daadwerkelijk intreedt.⁴⁷

Zoals in paragraaf 8.2.1 is uiteengezet, is in de loop der tijd de constructie van de terugwerkende kracht van de vervulling van de voorwaarde als verklaringsmechanisme verlaten en is daarvoor, op basis van de bevindingen van Fitting, een stelsel in de plaats gekomen waarin wordt uitgegaan van het terstond tot stand komen van de voorwaardelijke rechtshandeling met een uitgestelde werking gecombineerd met een zekere *Vorwirkung*. Onder het begrip *Vorwirkung* laten zich de rechtsgevolgen samenvatten die *niet* door de opgeschorte werking van de rechtshandeling worden getroffen.⁴⁸ Het gaat derhalve om de rechtsgevolgen die, ondanks de opschortende voorwaarde, terstond met de totstandkoming van de rechtshandeling intreden. De grondslag van de *Vorwirkungen* is gelegen in de strekking van de opschortend voorwaardelijke rechtshandeling. Enerzijds staat partijen bij een opschortend voorwaarde rechtshandeling voor ogen dat de werking van de rechtshandeling niet intreedt voordat de voorwaarde in vervulling gaat, maar anderzijds willen partijen ook bewerkstelligen dat de rechtshandeling zonder meer werking verkrijgt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. De opschortende voorwaarde heeft derhalve twee dimensies: enerzijds het uitstellen van het rechtsgevolg, maar anderzijds ook het garanderen dat het rechtsgevolg

44 Zo bijv. Stolz 2015, p. 927, p. 933, p. 939, p. 949 en p. 996 die opmerkt dat het lastig te verklaren is dat een aan een van de vereisten verbonden voorwaarde leidt tot een beperking van hetgeen wordt overgedragen. Die verklaring volgt m.i. uit de doorwerking van de modificatie van de titel of de levering in de rechtsgevolgen van de overdracht. Als gevolg van de voorwaarde die wordt verbonden aan de titel of de levering, wordt een overdracht gerealiseerd die aan dezelfde voorwaarde is onderworpen, waaraan art. 3:84 lid 4 BW vervolgens het rechtsgevolg verbindt dat een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen. Helder komt deze doorwerking tot uitdrukking in V.C. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1235.

45 Zwalve 2006, p. 270-271. Vgl. Scheltema 2003, p. 316.

46 Zie paragraaf 8.2.7.

47 Anders: Vriesendorp 1985a, p. 88-89 volgens wie de voorwerkingen van art. 3:84 lid 4 BW zich beperken tot het rechtsgevolg dat de koper door vervulling van de voorwaarde eigenaar wordt. Dat stemt echter niet overeen met de tekst van de bepaling, waarin tot uitdrukking komt dat een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen. Zou dit recht pas met vervulling van de voorwaarde worden verkregen, zou raadselachtig zijn waarom dit recht ondanks de vervulling van de voorwaarde nog afhankelijk zou zijn van die voorwaarde, afgezien van het feit dat in deze benadering niet valt te beredeneren hoe de goederenrechtelijke werking is gewaarborgd, waarover in de volgende voetnoot.

48 Zie voor het Nederlandse recht over het begrip *Vorwirkung* vrijwel uitsluitend Stolz 2015, p. 242-254.

wel intreedt als de voorwaarde in vervulling gaat. De direct intredende rechtsgevolgen van een rechtshandeling onder opschortende voorwaarde – of in dit geval: een overdracht onder opschortende voorwaarde – laten zich dan ook alle terugvoeren op dit laatste aspect: het waarborgen dat vervulling van de voorwaarde ook daadwerkelijk tot het door partijen beoogde gevolg leidt.⁴⁹

Gewoonlijk laten partijen zich door het verbinden van een voorwaarde aan een rechtshandeling slechts uit over het eerste aspect – het uitstellen van de rechtsgevolgen – en niet zozeer over de situatie gedurende de periode van onzekerheid. Aangezien in de partijafpraak echter besloten ligt dat partijen willen dat de vervulling van de voorwaarde ook tot het beoogde rechtsgevolg kan leiden, geeft de wet nadere regels over de situatie gedurende de periode van onzekerheid waar het aankomt op de voorwerkingen van de voorwaardelijke rechtshandeling.⁵⁰ Artikel 3:84 lid 4 BW moet worden beschouwd als een zodanige *Vorwirkung* van de voorwaardelijke beschikking.⁵¹ Doordat de wet reeds een zekere werking toekent aan de overdracht, door terstond een recht te laten overgaan op de verkrijger, is gewaarborgd dat vervulling van de voorwaarde ook leidt tot eigendomsverkrijging. Het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is daarmee een hulpfiguur die dient ter overbrugging van de periode van onzekerheid. Omdat de koper terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt, is dat eigendomsrecht immuun tegen gebeurtenissen in de periode van onzekerheid die de onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging zouden kunnen vrijdelen, waardoor de verkrijging van de eigendom bij vervulling is gewaarborgd. In het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde manifesteert zich derhalve de mogelijkheid om door vervulling van de voorwaarde eigenaar te worden. Aldus wordt in zekere zin voorgesorteerd op de vervulling van de voorwaarde, juist om te bewerkstelligen dat de vervulling van de voorwaarde ook leidt tot het door partijen beoogde

49 Vgl. Von Tuhr 1910, p. 183-184, Von Tuhr 1918, p. 292, E. Kühne, *Tatbestandsteilung*, Rostock: Hinstorff 1936, p. 32, Forkel 1962, p. 59 en Flume 1962, p. 390. Zie ook Von Jhering 1871, p. 458-462 die spreekt van 'passive Wirkungen'. Anders: Stolz 2015, p. 252-253 die de *Vorwirkungen* verklaart vanuit de partijwil. In een zeer algemene benadering van de partijwil is dat juist – partijen willen immers dat vervulling van de voorwaarde tot het gewenste effect leidt – maar partijen laten zich in het algemeen niet uit over de wijze waarop dat resultaat valt te bereiken. De *Vorwirkungen* moeten dan ook worden beschouwd als een vormgeving van de veronderstelde partijwil door de wetgever. Zie daarvoor het in de volgende voetnoot aan te halen citaat van Flume. Meer in deze zin Stolz 2015, p. 131-132.

50 Vgl. Flume 1992, p. 700-701: 'In aller Regel werden bei einem bedingten Rechtsgeschäft durch das Rechtsgeschäft keine besonderen Bestimmungen darüber getroffen, was für die Zeit bis zum Eintritt der Bedingung gelten soll. Die rechtsgeschäftliche Regelung erschöpft sich vielmehr darin zu bestimmen, was im Falle des Eintritts der Bedingung gilt. Die gesetzliche Regelung für die Zeit, bis die Ungewißheit entschieden ist, bis der zur Bedingung erhobene ungewisse Umstand eingetreten ist (...), ist zu verstehen als die Regelung der *naturalia negotii* des bedingten Rechtsgeschäfts. Der Sinn der gesetzlichen Regelung besteht in nichts anderem als darin, für die rechtsgeschäftliche Regelung, daß die gesetzte Rechtsfolge erst mit Eintritt der Bedingung gelten soll, betreffs des Zeitraums des Schwebens der Bedingung die kongruente rechtliche Regelung zu finden.' In vergelijkbare zin Raiser 1961, p. 18.

51 Vgl. voor het Duitse recht § 161 BGB die in de literatuur algemeen wordt beschouwd als de *Vorwirkung* van de voorwaardelijke beschikking. Zie Blomeyer 1954, p. 243-244, Schiemann 1973, p. 2, Flume 1992, p. 701, Soergel/Wolf 1999, § 161 BGB, Rn. 1, HKK-BGB/Finkenauer 2003, §§ 158-163 BGB, Rn. 20 en Staudinger/Bork 2015, § 161 BGB, Rn. 1. Anders: Stolz 2015, p. 132. Zie kritisch over deze benadering Rinke 1998, p. 29 vanwege het feit dat het rechtsgevolg van § 161 BGB pas intreedt met vervulling van de voorwaarde. Dat is weliswaar juist, maar doordat dit rechtsgevolg met vervulling van de voorwaarde noodzakelijkerwijs intreedt, leidt zij toch tot een *Vorwirkung*, nu dit aanstaande rechtsgevolg zijn schaduw in die zin achteruitwerpt, doordat vóór vervulling van de voorwaarde getroffen beschikkingen met vervulling van de voorwaarde ongeldig worden. Zie Georgiades 1963, p. 5.

rechtsgevolg. Het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is daarmee een erkenning en verwezenlijking van het *tegenwoordig* belang van de koper als toekomstig eigenaar.⁵² De splitsing van het eigendomsrecht die artikel 3:84 lid 4 BW teweegbrengt, bewerkstelligt daarmee de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde.⁵³

Door sommige auteurs wordt artikel 3:84 lid 4 BW een te smalle basis genoemd om daaraan zodanige verstrekkende conclusies te verbinden.⁵⁴ Daarvoor pleit dat de toelichting inderdaad alleen gewag maakt van het hierboven beschreven vermoeden en met geen woord rept over de materieelrechtelijke consequentie van een voorwaardelijke overdracht, namelijk dat een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen als de overdracht. Bovendien zou het volgens sommige auteurs nooit de bedoeling van Meijers zijn geweest om een zodanig rechtsgevolg in artikel 3:84 lid 4 BW te verankeren.⁵⁵ Bedacht moet echter worden dat het uiteindelijk niet aankomt op wat Meijers heeft gewild of bedoeld, maar op hetgeen in de wetsbepaling terecht is gekomen en wat voor voorstelling de wetgever zich heeft gemaakt van de functie van de wetsbepaling. Voor artikel 3:84 lid 4 BW geldt dan ook volledig wat Snijders over de omgang met Meijers' concepten in het algemeen heeft opgemerkt:

'Bij het werk na de dood van Meijers in 1954 is uitgegaan van wat toen als de voor de hand liggende uitleg van die bepalingen werd beschouwd. Het is niet goed meer na te gaan of deze uitleg volledig samenvalt met wat Meijers precies voor ogen stond. Dat betekent dat die latere uitleg voor een goed begrip van het eindresultaat m.i. van groter belang kan zijn dan wat men uit eerdere geschriften van Meijers zelf omtrent diens opvattingen zou kunnen afleiden.'⁵⁶

52 Vgl. Flume 1962, p. 408 die spreekt van de 'Rechtsstellung, die sich aus der rechtlichen Gewährleistung des Eigentums erwerbs für den Fall des Eintritts der Bedingung ergibt.'

53 Vgl. reeds Fitting 1856, p. 64-68 die de 'Gebundenheit der Sache' beschouwde als de *Vorwirkung* van de voorwaardelijke beschikking. Zie i.h.b. p. 102: 'Hier [met betrekking tot de *Vorwirkung* bij eigendom; toevoeging EFV] ist vor Eintritt des entscheidenden Umstandes (...) schon eine rechtliche Wirkung vorhanden. Die Sache selbst nämlich ist in einem Zustand rechtlicher Gebundenheit.' Zie ook de analyse van Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB, Rn. 53 voor het Oostenrijkse recht, die de splitsing van het eigendomsrecht beschouwt als een 'dingliche Vorwirkung.'

54 Vriesendorp 1985a, p. 30, Kortmann 1992, p. 211, Zwalve 2006, p. 272, Peter 2007, p. 137-138, Wibier 2013, p. 288-290, Kok 2015, p. 689, Nieuwesteeg 2015, p. 170 en p. 173, Wibier 2016, p. 214 en A.F. Salomons & G.Á.C. Orbán in hun noot onder HR 3 juni 2016, *INS* 2016, 206. Door een aantal van deze auteurs wordt daarbij opgemerkt dat art. 3:84 lid 4 BW niet meer bepaalt dan dat vervulling van de voorwaarde eigendomsovergang bewerkstelligt. Zij laten daarbij na te onderbouwen hoe een dergelijk rechtsgevolg zou kunnen plaatsvinden, indien de overdracht voordien nog geen enkel effect sorteert. De onvoorwaardelijk eigendomsverwerving van de koper is namelijk uitsluitend gegarandeerd omdat hij terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt, als gevolg waarvan de verkoper nog slechts een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde heeft.

55 Zie met name Stolz 2015, p. 933-936 en H.B. Reehuis 2016, p. 121-145. Vgl. ook Zwalve 2006, p. 272, voetnoot 131 volgens wie Meijers dit een 'dwaasheid' zou vinden, waarbij hij verwijst naar Meijers 1948, p. 285 waar echter niet meer te lezen valt dan dat Meijers het een dwaasheid vond om in een algemene rechtsleer een onderscheid te maken tussen de vestiging van een pandrecht en de zekerheidsoverdracht, waarbij de positie van de zekerheidsgever tegen derden was beschermd, omdat de positie van de betrokkenen in beide constructies zozeer hetzelfde is dat 'er geen enkele grond is om hier twee verschillen zekerheidsrechten van geheel verschillen constructie aan te nemen.' Een dergelijk conceptueel onderscheid tussen twee in wezen gelijksoortige rechten is volgens Meijers dwaas, wanneer men de doelmatige ordening van de rechtsstof voorop stelt. Met de splitsing van eigendom bij een voorwaardelijke overdracht heeft dat niets van doen. De beschouwingen op p. 91 lijken er veeleer op te wijzen dat Meijers gedurende de periode van onzekerheid wel reeds van een bestaand recht zou willen spreken, waarover bovendien zou kunnen worden beschikt. Zie bovendien p. 281-282 alwaar de eigendomsoverdracht onder voorwaarde wordt besproken in het kader van afsplitsing van rechten.

56 W. Snijders, 'Boekbespreking', *WPNR* 2006 (6689), p. 831.

Uit de latere parlementaire geschiedenis blijkt duidelijk dat de wetgever van de hierboven beschreven systematiek is uitgegaan, alwaar de wetgever uiteenzet wat de rechtsgevolgen zijn van een overdracht onder voorwaarde.⁵⁷ Volgens hem heeft de overdracht onder opschortende voorwaarde tot gevolg dat de koper voorwaardelijk eigenaar wordt,⁵⁸ terstond een voorwaardelijk recht verkrijgt,⁵⁹ een levering ex artikel 3:91 BW ‘onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht [doet] ontstaan’⁶⁰ en dat in geval van cessie onder voorwaarde ‘degene die onder ontbindende voorwaarde een vordering aan een ander overdraagt, zelf een recht onder opschortende voorwaarde [behoudt].’⁶¹

Afgezien van het feit dat Meijers persoonlijke opvattingen niet per se het thans geldende recht behoeven weer te geven, wijst er bovendien van alles op dat Meijers met artikel 3:84 lid 4 BW wel degelijk de hier verdedigde systematiek voor

57 Faber 2007, p. 52 en Rongen 2014, p. 312. Zie ook Stolz 2015, p. 936-938 die opmerkt dat alles erop wijst dat de wetgever art. 3:84 lid 4 BW als noodzakelijke grondslag is gaan zien voor de goederenrechtelijke werking. Zie ook HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), rov. 4.2.2-4.2.3. Vgl. ook de notitie van Van Ewijk d.d. 20 augustus 1969, p. 28-30 (te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 2192) die opmerkt dat de koper ingevolge art. 3:84 lid 4 BW eigenaar onder opschortende voorwaarde wordt en de verkoper dus gedegradeerd wordt tot eigenaar onder ontbindende voorwaarde, waarmee ‘aan Meijers’ constructie van het voorwaardelijke (eigendoms)recht’ (onderstreping in origineel) wordt vastgehouden. Met deze systematiek instemmend is de notitie van Ten Kate t.a.v. Boek 3, Titel 4, Afdeling 1 en 2 d.d. 28 september 1969, p. 12 (te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 2192): ‘Dat de koper nog geen eigenaar zou zijn na de overdracht onder opschortende voorwaarde, is inderdaad niet juist.’ Uiteindelijk is dit uitgemond in de passage in de M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388-389, alwaar valt te lezen dat de koper voorwaardelijk eigenaar wordt. Zie ook de notitie van W. Snijders d.d. 24 juni 1982 bij de nota van Mr. Meijer van 14 juni 1982 betreffende de artt. 3:4.2.5a en 5b (te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 724) die opmerkt dat in art. 3:84 lid 4 BW tot uiting komt ‘dat levering krachtens een voorwaardelijke verbintenis tot een voorwaardelijk recht leidt d.w.z. al naar de aard van het geval een recht onder opschortende dan wel ontbindende voorwaarde’ en daaraan de conclusie verbindt dat bij een eigendomsvoorbehoud in het vermogen van zowel de verkoper als de koper een voorwaardelijk recht valt dat beschikbaar is voor hun schuldeisers.

58 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388.

59 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238.

60 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238. Volgens A.F. Salomons & G.Á.C. Orbán in hun noot onder HR 3 juni 2016, *INS* 2016, 206 maakt deze passage uitsluitend duidelijk dat sprake is van een onvoorwaardelijke levering. In die richting ook Van Boom 2017, p. 421. Met alle goede wil kan ik een dergelijke beperkte interpretatie daar niet inlezen. Aldaar betoogt de wetgever immers dat art. 3:90 BW niet goed past bij het eigendomsvoorbehoud, omdat de koper pas bezitter wordt na vervulling van de voorwaarde. In een dergelijke benadering zou de koper – anders dus dan in het door de wetgever gekozen stelsel waarbij de levering door machtsverschaffing geschiedt, die meteen is voltooid – nog geen ‘zakenrechtelijke positie’ toekomen (p. 1237) en zou niet goed te verklaren zijn waarom de koper meteen beschermd wordt tegen beschikkingsonbevoegdheid. Die zwakke positie van de koper zet de wetgever af tegen het door hem gekozen stelsel, waarin de koper ‘terstond een voorwaardelijk recht heeft verkregen’, omdat de macht verkrijgt die correspondeert met zijn ‘terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde’ (p. 1238). De levering door machtsverschaffing doet dus meteen een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ‘ingaan’ of – zoals de wetgever het verderop uitdrukt – ‘ontstaan’, waar hij duidelijk maakt dat de leveringshandeling van art. 3:91 BW direct is voltooid, omdat deze onmiddellijk een voorwaardelijk eigendomsrecht doet ontstaan. Anders dan Scheltema 2017, p. 97-98 meent, heeft de desbetreffende passage dus wel degelijk betrekking op de goederenrechtelijke werking. De goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde is namelijk gewaarborgd doordat hij terstond een voorwaardelijk recht heeft verkregen, waarvoor noodzakelijk is dat de leveringshandeling daaraan voorafgaand onvoorwaardelijk heeft plaatsgevonden. Het argument van Salomons en Orbán dat sprake is van ‘cherry picking’ overtuigt evenmin, nu zij nalaten passages aan te wijzen in de parlementaire geschiedenis waarin een andersluidende opvatting besloten zou liggen. Ook de door Van Boom 2017, p. 421-422 genoemde passages wijzen niet in een andere richting, nu deze redeneren vanuit de zaak en dus geen betrekking hebben op de kwestie van de voorwaardelijke gerechtigdheid. Zie voor dit onderscheid de noot van F.M.J. Verstijlen onder HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 (*Rabobank/Reuser*).

61 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 592-593.

ogen had. In de eerste plaats is de tekst van het artikellid op dat punt glashelder.⁶² Niet goed laat zich verklaren dat, wanneer Meijers slechts een vermoeden voor ogen had dat de overdracht onder dezelfde voorwaarde plaatsvindt, hij de bepaling aldus redigeerde dat een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen. De bepaling drukt veeleer uit wat volgens Meijers het rechtsgevolg is van een zodanige voorwaardelijke overdracht: het terstond verkrijgen van een voorwaardelijk recht.⁶³ Bovendien blijkt uit de ongepubliceerde Notulen van de Subcommissie Burgerlijk Recht duidelijk dat Meijers niet enkel een vermoeden wilde scheppen, maar ook – en gelet op de volgorde van de argumenten: vooral – wilde bepalen dat ter uitvoering van een voorwaardelijke overdracht een voorwaardelijk recht wordt verkregen en Meijers dus de figuur van voorwaardelijke eigendom oarmde. Bij de discussie in de negentigste vergadering van de Subcommissie, waarbij een vrijwel gelijkkluidend concept van het huidige artikel 3:84 lid 4 BW wordt besproken,⁶⁴ licht Meijers de bepaling als volgt toe:

‘Deze bepaling houdt, naar de Voorzitter toelicht, in: 1. Dat eigendomsrecht onder voorwaarde mogelijk is; 2. Dat de voorwaarde bij een verbintenis om te geven zich uitstrekt tot de levering.’⁶⁵

Meijers wenste met artikel 3:84 lid 4 BW derhalve meer dan enkel een vermoeden te scheppen dat de overdracht onder dezelfde voorwaarde geschiedt als de verbintenis. Het eigendomsrecht zelf wordt door een overdracht onder voorwaarde ook onderworpen aan de voorwaarde. Zoals gezegd, ligt een dergelijke benadering ook voor de hand in een stelsel dat de terugwerkende kracht van vervulling van de voorwaarde afschaft. Teneinde de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde te bewerkstelligen moet men dan namelijk wel aanvaarden dat de vervreemder en verkrijger gedurende de periode van onzekerheid beide voorwaardelijke rechten hebben, omdat zich anders de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde niet laat volhouden.⁶⁶ Wie derhalve niet aanvaarden wil dat de koper gedurende de periode van onzekerheid al eigenaar

62 Vgl. Snijders 2006, p. 225.

63 Zie bijv. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 186, waar duidelijk tot uitdrukking komt dat de voorwaarde het recht beperkt dat wordt overgedragen. Zie ook T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 185 alwaar Meijers opmerkt dat een eigendomsoverdracht onder tijdsbepaling zou leiden tot ‘tijdelijke eigendom’, hetgeen hij niet wenselijk achtte. Bij gebreke van een bepaling als art. 3:85 BW zou deze tijdsbepaling in de visie van Meijers kennelijk doorwerken in het recht dat wordt verkregen. Vgl. Scheltema 2003, p. 254, voetnoot 103. Zie ook hierna in paragraaf 8.3.1.

64 De conceptbepaling luidde: ‘Wordt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis geleverd, dan wordt slechts een recht verkregen, dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis onderworpen is.’

65 *Notulen van de Negentigste Vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving*, p. 285, in te zien in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75, inventarisnummer 181.

66 Om die reden verbaast het niet dat in de negentiende eeuw deze verklaring van de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde in Duitsland in zwang raakte, als alternatief voor de terugwerkende kracht en bij gebreke van een bepaling als § 161 BGB. Zie bijv. Fitting 1856, p. 65-68, Von Jhering 1871, p. 472-473, p. 494, p. 510, p. 523-524, p. 529-530, p. 532-536 en Vangerow 1863, p. 147 die allen uitgaan van een door de voorwaarde beperkte eigendom. Niet altijd wordt duidelijk of zij ook aanvaarden dat beide betrokkenen een door de voorwaarde beperkt recht hebben (zo in ieder geval Fitting 1856, p. 102-104), maar – zoals in de hoofdtekst nog wordt betoogd – is een andersluidende opvatting inconsequent. Vgl. voor de opvatting van Vangerow ook Scheltema 2003, p. 202. Zie ook reeds Everts 1883, p. 100 die in ieder geval voor de overdracht onder ontbindende voorwaarde opmerkt ‘dat de ontbindende voorwaarde aanstonds bij het aangaan der verbintenis (...) was vastgesteld en als bestanddeel in de overeenkomst opgenomen, zoodat zij aan het zakelijk regt zelf, dat de schuldeischer kreeg, verbonden was.’

onder opschortende voorwaarde is, kan niet volhouden dat vervulling van de voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft en kan evenmin volhouden dat de verkoper gedurende de periode van onzekerheid eigenaar onder ontbindende voorwaarde is.

Op zichzelf laat zich natuurlijk ook voorstellen dat de wetgever weliswaar goederenrechtelijke werking aan de vervulling van de voorwaarde heeft willen toekennen, maar daarvoor niet de nodige wettelijke voorzieningen heeft getroffen, waardoor alsnog zou moeten worden geconstateerd dat vervulling van de voorwaarde geen goederenrechtelijke werking heeft. Daarvan is echter geen sprake. De tekst van artikel 3:84 lid 4 BW, de Toelichting-Meijers en de latere parlementaire geschiedenis, zoals hiervoor aangehaald, wijzen alle duidelijk in de richting van de hier verdedigde systematiek van de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde.

Al met al heeft Meijers – en in navolging daarvan de wetgever – met artikel 3:84 lid 4 BW in feite gekozen voor een stelsel zoals dat voor het oude recht reeds werd verdedigd door Wiarda.⁶⁷ Dat laat zich zowel inhoudelijk als ook wat betreft het tijdstip waarop Meijers zijn concepten vervaardigde ook goed verklaren. Meijers wilde afrekenen met de terugwerkende kracht van de vervulling van de voorwaarde, maar tegelijkertijd vasthouden aan de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde. Door Wiarda werd, kort voor de totstandkoming van Meijers

67 Vermelding verdient nog dat bij de bespreking van het concept van artikel 3:84 lid 4 BW door Bregstein aan Meijers werd gevraagd ‘of de voorzitter Wiarda’s stelling onderschrijft, dat in deze gevallen de overdrager eigenaar blijft onder ontbindende resp. opschortende voorwaarde, terwijl de verkrijger tegelijkertijd eigendomsrecht onder opschortende resp. ontbindende voorwaarde heeft’ Meijers antwoordde ‘dat bij levering onder opschortende voorwaarde de overdrager zeker het recht onder ontbindende voorwaarde behoudt; bij levering onder ontbindende voorwaarde is het zeker niet de bedoeling van partijen, dat de overdrager eigenaar onder opschortende voorwaarde blijft. In de praktijk rijst dit punt vooral in het erfrecht, wanneer geregeld moet worden aan wie het onder ontbindende voorwaarde vermaakte toekomt bij vervulling van de voorwaarde. Dezelfde regels, die deze materie in het Erfrecht beheersen, zou de Voorzitter ook bij de levering onder voorwaarde willen toepassen.’ De tegenwerping van Meijers laat zich niet geheel plaatsen, omdat hij slechts opmerkt dat het in de praktijk niet altijd de bedoeling zal zijn dat de vervreemder onder ontbindende voorwaarde eigenaar onder opschortende voorwaarde blijft. Daaruit kan in ieder geval worden afgeleid dat Meijers dit op zichzelf genomen wel voor mogelijk lijkt te houden. Bovendien doet de omstandigheid dat partijen zoiets niet beogen op zich niets af aan het feit dat dit wel een gevolg is van de systematiek van de goederenrechtelijke werking bij de voorwaardelijke beschikking, hetgeen ook blijkt uit het feit dat Meijers dit – anders wel degelijk uit het systeem voortvloeiende – resultaat wil vermijden door bepaalde regels toe te passen. Anders: H.B. Reehuis 2016, p. 128. Wanneer partijen bepaalde consequenties bovendien niet beogen, dan kunnen zij altijd afzien van de goederenrechtelijke werking van vervulling van de voorwaarde, die immers van regeland recht is. Ook wordt niet geheel duidelijk welke problemen in het erfrecht bestaan. Als de erflater alleen een erfstelling onder ontbindende voorwaarde heeft gemaakt, zonder een daarbij aansluitende erfstelling onder opschortende voorwaarde (vgl. art. 4:138 lid 3 BW), komt het vermaakte immers bij vervulling van de opschortende voorwaarde toe aan de erfgenamen bij versterf. Vgl. Asser/Perrick 4 2013, nr. 200. Zie ook N.v.W. 1, *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 806, alwaar wordt opgemerkt dat bij een erfstelling onder een ontbindende voorwaarde ‘aan het intestate erfrecht’ wordt overgelaten wie de laatstgeroepen zullen zijn. Zo ook T.M., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 809: ‘Is daarentegen een ontbindende voorwaarde gesteld en niet aangegeven aan wie bij de vervulling der voorwaarde het vermaakte ten deel valt, dan komt na de vervulling der voorwaarde het vermaakte op aan degene, die dit ontvangen zou hebben, wanneer de ganse making achterwege ware gebleven.’ In zoverre kan dus wel degelijk worden gezegd dat de overdrager eigenaar onder opschortende voorwaarde blijft, nu dit eigendomsrecht in de nalatenschap valt. Indien de erflater dat niet beoogt, valt dit door een aansluitende making onder opschortende voorwaarde te ondervangen (vgl. art. 4:141 BW). Overigens is het nooit gekomen tot een overeenkomstige toepassing van de erfrechtelijke bepaling die de rechtsverhouding tussen partijen gedurende de periode van onzekerheid vormgeeft (art. 4:138 BW) op de overdracht onder voorwaarde, waarop Meijers lijkt te zinspelen. Zie ook hierna in paragraaf 8.3.1. Zie voor een kwalificatie van de positie van de koper als vruchtgebruiker in Spielbüchler 1981, p. 505-511.

concepten, nu juist een dergelijk stelsel verdedigd, waarin de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde niet werd verklaard door middel van een beroep op de beweerdelijke terugwerkende kracht. Het ligt dan ook voor de hand dat Meijers bij dit stelsel aanknoopte voor het nieuwe recht.⁶⁸

Wiarda werkte deze constructie eerst uit voor de overdracht onder tijdsbepaling. Wiarda erkent zowel de overdracht onder tijdsbepaling van eigendom, alsook de overdracht van 'eigendom onder tijdsbepaling'.⁶⁹ Beide constructies leiden er volgens hem toe dat de vervreemder gedurende de tussenliggende periode nog slechts een eigendomsrecht heeft dat door de tijdsbepaling is beperkt, terwijl de verkrijger reeds terstond een daarmee corresponderend complementierend eigendomsrecht verkreeg onder tijdsbepaling.⁷⁰ De opschortende tijdsbepaling stelt volgens Wiarda de overdracht derhalve niet uit tot het moment van verstrijken van de overeengekomen tijd, maar bewerkstelligt dat *terstond* een eigendomsrecht wordt overgedragen dat onderworpen is aan de tijdsbepaling. De vervreemder heeft in de tussenliggende periode nog enkel een eigendomsrecht onder eindtermijn, zodat hij ook uitsluitend kan beschikken over het door de tijdsbepaling beperkte recht.⁷¹ De goederenrechtelijke werking van het verstrijken van de tijdsbepaling is daarmee gewaarborgd doordat het eigendomsrecht zelf onderworpen is aan de tijdsbepaling, waardoor de *nemo-plus*-regel tot gevolg heeft dat beide eigenaars niet meer kunnen overdragen dan hun eigendomsrecht onder tijdsbepaling:

'Bij dit stelsel van tijdelijken eigendom worden de zaken geenszins aan het verkeer onttrokken. Beide tijdelijke eigenaars kunnen over de zaak beschikken zooveel zij willen. Zij kunnen evenwel nooit meer overdragen dan zij zelve in eigendom hebben, d.i. *tijdelijken* eigendom.'⁷²

Voor de overdracht onder voorwaarde verdedigde Wiarda hetzelfde systeem.⁷³ De aan de overdracht verbonden opschortende voorwaarde belet niet dat reeds terstond een overdracht tot stand komt onder dezelfde voorwaarde, welke overdracht terstond leidt tot het overgaan van een eigendomsrecht dat onderworpen is aan dezelfde voorwaarde. Het is dit stelsel dat duidelijk doorklinkt in artikel 3:84 lid 4 BW.

8.2.6 *Nadere uitwerking*

Uit artikel 3:84 lid 4 BW volgt dat het tot stand komen van een overdracht onder opschortende voorwaarde tot gevolg heeft dat terstond een recht overgaat op de verkrijger, welk recht is onderworpen aan dezelfde voorwaarde. Deze overgang verklaart ook waarom het recht van de vervreemder beperkt is door de voorwaarde. Omdat terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde overgaat op

68 Scheltema 2003, p. 252-257 en Zwalve 2006, p. 257. Vgl. ook Hartkamp 2003, p. 894.

69 Wiarda 1937, p. 115, overigens uitsluitend met betrekking tot een aanvangstermijn. Voor de eindtermijn aanvaardt hij alleen de tweede constructie. Zie Wiarda 1937, p. 122.

70 Wiarda 1937, p. 122: 'materieel zijn zij volkomen gelijk, omdat bij beide tusschen 1 Januari en 1 Maart zoowel de vervreemder als ook de verkrijger "tijdelijk eigenaar" is.'

71 Wiarda 1937, p. 120.

72 Wiarda 1937, p. 125.

73 Wiarda 1937, p. 127.

de verkrijger, heeft de vervreemder nog slechts een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Het is aldus de afsplitsing van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, die tot gevolg heeft dat het eigendomsrecht van de vervreemder beperkt is door de voorwaarde.⁷⁴ Artikel 3:84 lid 4 BW bewerkstelligt daarmee een splitsing van het eigendomsrecht gedurende de periode van onzekerheid.

Het wekt enige verbazing dat lange tijd onduidelijkheid heeft kunnen bestaan over de rechtspositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud, terwijl tegelijkertijd vrijwel eenstemmig werd aanvaard dat het eigendomsrecht van de verkoper is beperkt door de voorwaarde. Het valt immers niet goed in te zien hoe het recht van de vervreemder gedurende de periode van onzekerheid kan zijn beperkt, zonder dat sprake is van een corresponderende gerechtigdheid aan de zijde van de verkrijger.⁷⁵ Voorwaarden kunnen immers niet zomaar in het wilde weg aan eigendomsrechten worden verbonden. Wanneer men zou aannemen dat gedurende de periode van onzekerheid alleen de verkoper eigenaar is, maar diens recht wel beperkt of belast is door de voorwaarde, rijst de vraag waaruit een zodanige beperking of belasting bestaat en waar de rest van het eigendomsrecht is gebleven. De voorwaardelijke overdracht zou in een dergelijke benaderingswijze leiden tot een inkrimping van het eigendomsrecht, zonder dat daar een rechtsverkrijging van de koper tegenover staat.⁷⁶ Naar Nederlands recht gaat een belasting of een beperking van het eigendomsrecht daarentegen juist altijd gepaard met een daartegenover staande bevoegdheid of een daarmee corresponderend recht van een ander.⁷⁷ Zoals hier wordt verdedigd staat tegenover het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper en leidt juist de overgang van het laatste recht tot een beperking van het eerstgenoemde recht.⁷⁸

Het is dan ook van tweeën een: of men aanvaardt dat de verkoper nog eigenaar onder ontbindende voorwaarde is, waarvoor noodzakelijk is dat de koper een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft verkregen, of men gaat uit van het feit dat de verkoper nog onvoorwaardelijk eigenaar is. In het laatstgenoemde geval kan echter, zoals gezegd, niet worden volgehouden dat vervulling

74 Vgl. Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 561: 'Bereits das aufschiebend bedingte Eigentum des Vorbehaltskäufers bewirkt also (...) eine sachenrechtlich wirksame Beschränkung der Rechtsstellung des Vorbehaltseigentümers.' In de literatuur over de vraag hoe de vestiging van een beperkt recht dogmatisch moet worden verklaard, heeft men zich wel tegen een zodanige zienswijze gekeerd. Daarbij wordt vooral teruggegrepen op het argument van I. Kisch, 'Formulering van rechtsregels in het Ontwerp B.W.', *WPvR* 1955 (4407), p. 323 dat het onmogelijk is 'dat een fragment zou kunnen drukken te zelfder plaatse als waar het is uitgesneden, dus zou kunnen drukken waar geen druk-vlak meer bestaat.' Zonder hier in te gaan op de vraag hoe de vestiging van een beperkt recht dogmatisch moet worden verklaard, valt daartegen in te brengen dat een dergelijke natuurkundige benaderingswijze voor het recht van weinig waarde is, nu de vestiging van een beperkt recht geen fysisch verschijnsel is, maar een juridisch concept. Met een zodanig abstract gebeuren verdraagt zich zonder meer de benadering dat juist de afsplitsing leidt tot een beperking van het recht: de beperking is dan immers juist gelegen in het feit dat een deel is afgesplitst.

75 Vgl. Scheltema 2003, p. 332 en Peter 2007, p. 147. Zie ook Stolz 2015, p. 948: 'In de benadering dat geen sprake is van een dergelijke splitsing, kan de beperkte beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde niet voortvloeien uit het feit dat een deel van de gerechtigdheid (reeds) bij de verwachter berust. Daarmee is tevens de grondslag voor een dergelijke beperkte beschikkingsbevoegdheid onduidelijk.'

76 Zo bijv. Kortmann 1992, p. 202.

77 Vgl. Mezas 1985, p. 34-35, Scheltema 2003, p. 332 en Peter 2007, p. 149.

78 Vgl. Zwitser 1993, p. 528: 'Indien de eigenaar onder opschortende voorwaarde niets zou hebben, zou de eigenaar onder ontbindende voorwaarde alles, te weten de volle eigendom moeten hebben. Maar we weten al dat dit niet zo is.' Zie ook Stolz 2015, p. 948.

van de voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft.⁷⁹ De door sommigen wel verdedigde systematiek dat de verkoper eigenaar onder ontbindende voorwaarde is, maar de koper nog geen eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft,⁸⁰ is dan ook inconsequent.⁸¹ Zo laat zich in die benadering niet verklaren op welke wijze de verkrijger bij vervulling van de voorwaarde alsnog eigenaar wordt.⁸² Consequent geredeneerd heeft vervulling van de voorwaarde immers tot gevolg dat het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde vervalt (vgl. art. 6:22 BW). Hoe de koper desalniettemin eigenaar zou worden door vervulling van de voorwaarde, laat zich dan niet verklaren.⁸³ Het antwoord op die vraag ligt in werkelijkheid besloten in het feit dat de verkrijger terstond bij het tot stand komen van de overdracht een recht heeft verkregen dat is onderworpen aan dezelfde voorwaarde. Vervulling van de voorwaarde bewerkstelligt dat dit recht werking verkrijgt (art. 6:22 BW) en daarmee onvoorwaardelijk wordt, terwijl het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde vervalt.

Doordat partijen gedurende de periode van onzekerheid beide een eigendomsrecht hebben dat is beperkt door de voorwaarde, is de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde gewaarborgd. Als gevolg van de *nemo-plus*-regel kan de verkoper immers nog slechts beschikken over diens eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde.⁸⁴ Omdat dit recht vervalt door vervulling van de voorwaarde, raken beschikkingen over het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde de rechtspositie van de koper niet. Hij heeft reeds voordien een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkregen dat (zelfstandig) uitgroeit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.

79 Zo echter Wibier 2013, p. 290 en Nieuwesteeg 2015, p. 173. Deze werking wordt er op gebaseerd dat de overdracht al heeft plaatsgevonden. Wanneer die overdracht tot het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat nog geen werking heeft, valt niet in te zien hoe vervulling van de voorwaarde dan *zonder meer* tot eigendomsverkrijging leidt, wanneer de verkoper tot dat moment onvoorwaardelijk eigenaar blijft en dus de vervulling van de voorwaarde eenvoudig zou kunnen frustreren door de zaak aan een derde over te dragen. Dat de overdracht aan de koper al eerder tot stand is gekomen, doet daar niet aan af, omdat het recht dan op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat niet meer aan de verkoper toebehoort, zodat dit recht ook niet meer van hem kan overgaan op de koper. Neemt men daarentegen aan dat de zaak dan alsnog het vermogen van de tweede koper verlaat en de eerste koper de zaak verwerft, dan neemt men wel degelijk aan dat de voorwaardelijkheid aan de zaak zelf kleef en derhalve leidt tot een begrenzing van de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper. Naar mijn mening vergt een consequente systematiek dat deze beperking een gevolg is van het terstond verkrijgen van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde door de koper. Vgl. Scheltema 2003, p. 255, voetnoot 107 en p. 315 die opmerkt dat men voor goederenrechtelijke werking bij de opschortende voorwaarde wel móét aanvaarden dat direct een door de voorwaarde beperkt recht overgaat.

80 Zo bijv. Van Swaaij 2000, p. 190-192 en H.B. Reehuis 2016, p. 132.

81 Zo treffend Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 456: 'Das ist schon logisch ausgeschlossen. Entweder begründet das Abhängigmachen des Eigentums von der Zahlung bedingtes Eigentum oder nicht. Die Bejahung muß für beide Beteiligte gelten.' Zie voorts Rummel & Lukas/Rummel 2014, § 897 ABGB, Rn. 13. Vgl. ook Rank-Berenschot 1998, p. 154 over de overdracht onder tijdsbepaling. Zie ook Letzgas 1938, p. 12-13, Zwitser 1993, p. 528 en Rongen 2014, p. 305-306.

82 Veelal wordt dan ook volstaan met de constatering dat vervulling van de voorwaarde eigendomsovergang tot gevolg heeft. Hoe deze goederenrechtelijke werking is gewaarborgd, blijft vervolgens onbesproken. Zie bijv. Kortmann 1992, p. 203.

83 Vgl. Kortmann 1992, p. 205, voetnoot 25.

84 Zie hiervoor in voetnoot 29.

Een belangrijke consequentie van de hier verdedigde systematiek is dat de eigendomsovergang niet pas plaatsvindt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, maar meteen op het moment dat aan alle voorwaarden van artikel 3:84 lid 1 BW is voldaan, zij het dat dat rechtsgevolgen van de overdracht worden beperkt door de aan de overdracht verbonden voorwaarde, in die zin dat slechts een eigendomsrecht wordt verkregen dat afhankelijk is van dezelfde voorwaarde (art. 3:84 lid 4 BW). Het ‘derivatieve moment’ van de overdracht vindt derhalve *terstond* plaats: meteen gaat een recht over dat aan de voorwaarde is onderworpen. Nadien vindt geen enkele overgang meer plaats.⁸⁵ De vervulling of het vervallen van de voorwaarde bewerkstelligt uitsluitend dat het eigendomsrecht uitgroeit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht resp. vervalt.⁸⁶

8.2.7 *Rechtsvergelijkende opmerkingen*

Met de bovengenoemde systematiek heeft het Nederlandse recht een systematiek die ook in het Oostenrijkse recht valt te ontwaren waar het aankomt op de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde. Het Oostenrijkse recht verklaart namelijk, net als het Nederlandse recht, deze werking niet door middel van de terugwerkende kracht van de vervulling van de voorwaarde en grondt haar evenmin op een wettelijke beschermingsbepaling ten gunste van degene aan wie onder opschortende voorwaarde is overgedragen, nu het Oostenrijks recht een dergelijke bepaling vreemd is.

Weliswaar knoopt een deel van de literatuur aan bij § 161 van het Duitse BGB, maar in de Oostenrijkse literatuur wordt de bepaling (onbewust) geïnterpreteerd op een wijze die niet gangbaar is naar Duits recht. Terwijl het Duitse recht, zoals hiervoor bleek, de wettelijke bepaling noodzakelijk acht om de verkrijger te beschermen tegen tussenbeschikkingen gedurende de periode van onzekerheid, omdat de vervreemder nog volledig beschikkingsbevoegd is, wordt door een aantal Oostenrijkse auteurs opgemerkt dat § 161 BGB simpelweg de gevolgen weergeeft die inherent zijn aan een voorwaardelijke beschikking, zodat die gevolgen ook gelden voor het Oostenrijkse recht, dat een met § 161 BGB vergelijkbare bepaling

⁸⁵ Zie nader hierna in paragraaf 8.10.1. Anders: Kortmann 1992, p. 202, Zwitser 1993, p. 528, Reehuis 1998, p. 48, Van Swaaij 2000, p. 191, Scheltema 2003, p. 355, Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006, nr. 220a, Reehuis 2010, nr. 102, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 411, Stolz 2015, p. 990, p. 1021, voetnoot 432, Verstappen 2015, p. 282 en Nieuwesteeg 2015, p. 170. Zie ook Rongen 2014, p. 306. Volgens laatstgenoemde is dit ondenkbaar, omdat dan geen sprake is van een derivatieve wijze van verkrijging. Dat is echter wel degelijk het geval, zij het dat dit derivatieve moment zich reeds op het moment van het tot stand komen van de overdracht heeft voltrokken. Hybride is de benadering van Kortmann in punt 4 van diens noot onder HR 28 november 2014, *JOR* 2015, 26 waar hij opmerkt dat het eigendomsrecht van de verkoper eindigt *doordat* de eigendom van rechtswege overgaat op de koper. Vgl. ook Hartkamp 2005, p. 111 die enerzijds spreekt van het uitgroeien van het recht bij vervulling van de voorwaarde, maar anderzijds van het terugkeren van het recht bij vervallen van de voorwaarde. Zo ook Mezas 1985, p. 101-102.

⁸⁶ Zie M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 145, alwaar terecht wordt opgemerkt dat vervulling van de voorwaarde bewerkstelligt dat het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde eindigt. In gelijke zin T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 186: ‘De vervulling der voorwaarde doet hier rechten vervallen.’ Zo ook Faber 1997, p. 211, Fesevur 2005, p. 92 en A-G Rank-Berenschot in punt 2.27 van haar conclusie voor HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*). Niet nodig is derhalve een teruglevering van de voorwaardelijke eigendom, zoals door Schoordijk 1971, p. 459, voetnoot 17 wordt betoogd (kennelijk anders: Schoordijk 1986, p. 310). Het uitgroeien van de eigendom tot onvoorwaardelijke eigendom geschiedt immers automatisch door het vervallen van de voorwaarde.

niet kent.⁸⁷ Terwijl de heersende leer in Duitsland § 161 BGB derhalve begrijpt als een bepaling met constitutief karakter, wordt in de Oostenrijkse literatuur uitgegaan van een declaratoire strekking van de bepaling.⁸⁸

In werkelijkheid volgt het Oostenrijkse daarmee een andere systematiek dan het Duitse recht, die zich echter goed laat vergelijken met het Nederlandse recht. Dat § 161 BGB volgens deze Oostenrijkse auteurs niet meer is dan een weergave van de vanzelfsprekende gevolgen van een voorwaardelijke beschikking, wordt namelijk afgeleid uit het feit dat volgens de Oostenrijkse auteurs een voorwaardelijke beschikking tot gevolg heeft dat de vervreemder gedurende de periode van onzekerheid is beperkt in diens beschikkingsbevoegdheid, omdat hij nog enkel een recht heeft dat is onderworpen aan dezelfde voorwaarde. Ook naar Oostenrijks recht wordt de consequentie getrokken dat de vervreemder nog slechts eigenaar onder ontbindende voorwaarde is, omdat de verkrijger reeds eigenaar onder opschortende voorwaarde is geworden.⁸⁹ Het Oostenrijkse recht verklaart de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde derhalve door middel van een (functionele) splitsing van het eigendomsrecht, welke splitsing ook onomwonden wordt aanvaard in de rechtspraak door het OGH.⁹⁰ Zowel naar Oostenrijks als naar Nederlands recht is deze splitsing niet zozeer een *gevolg* van de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde, maar vormt de splitsing van het eigendomsrecht een integrerend wezenskenmerk van de voorwaardelijke beschikking en is zij daarmee veeleer de *oorzaak* dat vervulling van de voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft.⁹¹

87 Klang/Gschnitzer 1968, § 900 ABGB, p. 321-322, Koziol 1968, p. 496, voetnoot 19, Harrer 1969, p. 38, Frotz 1970, p. 65-66 en p. 178 en Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 561. Zie evenwel ook Klang/Beclin 2011, § 897 BGB, Rn. 53 die opmerkt dat de Oostenrijkse doctrine is overgegaan tot 'einer unreflektierten Übernahme' van § 161 BGB, terwijl een dergelijk rechtsgevolg eigenlijk een uitdrukkelijke bepaling behoeft.

88 Zie daarover het slot van deze paragraaf. Dat neemt niet weg dat men deze gedachte sporadisch ook wel aantreft in de Duitse literatuur. Zie bijv. Brecht 1912, p. 266-267, Letzgas 1938, p. 1, Lempenau 1968, p. 69 en Marotzke 1977, p. 31 die ervan uit lijken te gaan dat § 161 BGB de vanzelfsprekende rechtsgevolgen van een voorwaardelijke overdracht weergeeft. Vgl. ook Rühl 1930, p. 86: 'Die Folge dieser bedingten Übereignung ist, daß der Veräußerer auflösend bedingtes Eigentum behält, während der Erwerber ein Anwartschaftsrecht erlangt.'

89 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 454, p. 456, p. 555, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 25, Rn. 44, Rn. 66-67, Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 9 (waar, nogal tegenstrijdig, wordt opgemerkt dat de verkoper nog volledig eigenaar is, maar hij ingevolge de *nemo-plus*-regel nog slechts eigendom onder ontbindende voorwaarde kan overdragen. Bedoeld lijkt vooral dat de eigenaarsbevoegdheden nog aan de verkoper toekomen, ondanks de beperking van diens eigendomsrecht; vgl. Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 557), Klang/Leupold 2011, § 358 BGB, Rn. 44, 48, 50 en Klang/Beclin 2011, § 897 BGB, Rn. 53 (die overigens zelf vanwege het ontbreken van een met § 161 BGB vergelijkbare bepaling een systeem verdedigt zonder goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde, waarbij zij – m.i. ten onrechte – opmerkt dat per saldo geen verschil bestaat in rechtsgevolgen).

90 Gschnitzer 1963, p. 25, Mayrhofer 1966, p. 120 en Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 44 en Rn. 50. Zie uit de rechtspraak OGH 22 februari 1972, zaaknr. 8Ob17/72, OGH 27 oktober 1972, zaaknr. 6Ob203/72 en OGH 31 januari 2007, zaaknr. 7Ob153/06k. Zie ook Spielbüchler 1981, p. 506: 'Durch die Übergabe der Sache wird also gleischam ein später zum Vollrecht erstarkender Teil des Eigentums selbst dem Käufer schon vorweg eingeräumt.'

91 Zie bijv. Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 454 en p. 561. Op p. 455 lijkt een terughoudender standpunt te worden verdedigd, maar aldaar wordt slechts betoogd dat deze splitsing niet tot gevolg heeft dat de eigenaarsbevoegdheden gedurende periode van onzekerheid zijn verdeeld. Daarmee wordt bedoeld dat, afgezien van de voorwerkingen, aan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde nog geen werking toekomt, zoals aldaar ook op p. 557 en p. 561 wordt opgemerkt. Dat stemt overeen met hetgeen hier wordt betoogd in paragraaf 8.4.2.

Het Oostenrijkse recht gaat daarmee nog een stap verder dan het Nederlandse recht. Terwijl de splitsing van het eigendomsrecht in een eigendomsrecht onder ontbindende en opschortende voorwaarde door de Oostenrijkse literatuur en rechtspraak wordt beschouwd als een vanzelfsprekend gevolg van de (voorwerking van de) voorwaardelijke beschikking,⁹² biedt naar Nederlands recht artikel 3:84 lid 4 BW de benodigde wettelijke basis. Het komt mij voor dat zonder deze wettelijke basis de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde niet goed zou zijn vol te houden c.q. te verklaren.⁹³ Zonder de wetsbepaling die bewerkstelligt dat de overdracht reeds voordien een zekere werking heeft, zou de opschortende voorwaarde immers beletten dat de overdracht reeds rechtsgevolgen zou hebben. De vervreemder zou dan gedurende de periode van onzekerheid nog onvoorwaardelijk eigenaar zijn en zou de rechtsovergang op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat gemakkelijk kunnen frustreren door de zaak tussentijds aan een derde over te dragen. Opvallend genoeg lijkt de Oostenrijkse rechtsleer zich niet bewust van deze consequentie en lijkt zij de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde volledig als uitvloeisel te zien van de voorwerking van de voorwaardelijke beschikking.⁹⁴

Zoals hiervoor is opgemerkt, kent het Duitse recht een systematiek die in zekere zin tegenovergesteld is aan die van het Nederlandse recht. Naar Duits recht staat de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde buiten kijf vanwege de wettelijke voorziening van § 161 BGB. Als gevolg daarvan heeft de koper een beschermde rechtspositie, die zich in de loop der tijd heeft ontwikkeld tot een *Anwartschaftsrecht*.⁹⁵ Naar Nederlands recht is de beschermde rechtspositie van de koper niet zozeer een gevolg van de goederenrechtelijke werking van de voorwaarde, maar haar oorzaak. Omdat aan de verkrijger reeds terstond een voorwaardelijk eigendomsrecht toekomt, heeft vervulling van de voorwaarde goederenrechtelijke werking. Maar ondanks dit verschil in uitgangspunt van de beide rechtssystemen, staan het Duitse en het Nederlandse recht uiteindelijk minder ver van elkaar af dan het lijkt. Weliswaar neemt het Duitse recht tot uitgangspunt dat de vervreemder hangende de voorwaarde nog onvoorwaardelijk eigenaar is,⁹⁶

92 Zie bijv. Klang/Bydlinksi 1978, § 1063 ABGB, p. 561. Daarmee volgt het Oostenrijkse recht in feite de gemeenrechtelijke doctrine uit de 19^e eeuw, waarin werd verdedigd dat een beschikking onder opschortende voorwaarde als *Vorwirkung* heeft dat het eigendomsrecht zelf wordt belast door de voorwaarde of wordt gesplitst. Zie voetnoot 17 en 66.

93 Zo ook Scheltema 2013, p. 161, die nog opmerkt dat goederenrechtelijke werking alleen zou zijn te construeren door aanvaarding van de mogelijkheid van overdracht van voorwaardelijke eigendom (zie ook Scheltema 2003, p. 313-314 en p. 321-322). Door Wiarda 1937, p. 122 werden beide constructies inderdaad als inwisselbaar beschouwd. Zie daarover echter kritisch in hoofdstuk 4, paragraaf 4.5.

94 Zie ook hiervoor in voetnoot 53.

95 Lux 2004, p. 145, Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 55 en HKK-BGB/Ernst 2013, § 449 BGB, Rn. 12. Zie ook de scherpe onderscheiding tussen oorzaak en gevolg bij Stolz 2015, p. 972-973.

96 Serick 1963, p. 210 en p. 246, Flume 1992, p. 705, Serick 1993, p. 62-63, Staudinger/Bork 2015, § 161 BGB, Rn. 1 en MünchKomm-BGB/Westermann 2015, § 161 BGB, Rn. 2.

maar aangezien § 161 BGB bescherming biedt tegen tussenbeschikkingen door de verkoper, bewerkstelligt die bepaling uiteindelijk in zekere zin een beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder.⁹⁷

Wanneer men bovendien bedenkt dat de op § 161 BGB gebaseerde beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder aan de wieg heeft gestaan van de ontwikkeling van het *Anwartschaftsrecht*,⁹⁸ nu de keerzijde van de beperking van de beschikkingsbevoegdheid immers de beschermde rechtspositie van de verkrijger is, bereikt het Duitse recht in resultaat uiteindelijk ook een met de beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder corresponderende rechtspositie van de verkrijger onder opschortende voorwaarde.⁹⁹ Omgekeerd is een (vrijwel) noodzakelijke consequentie van de aanvaarding van het *Anwartschaftsrecht* van de verkrijger als een subjectief recht waarover kan worden beschikt dat men aanneemt dat de vervreemder nog maar beperkt beschikkingsbevoegd is, omdat anders sprake zou zijn van een curieuze vermenigvuldiging van het eigendomsrecht: voor de beschikking onder opschortende voorwaarde is de vervreemder onvoorwaardelijk eigenaar en na totstandkoming van die beschikking zou hij nog steeds onvoorwaardelijk eigenaar zijn, terwijl de verkrijger daarnaast bovendien een eigen subjectief verwachtingsrecht heeft.¹⁰⁰ De aanvaarding van het *Anwartschaftsrecht* van de verkrijger heeft daarmee noodzakelijkerwijs ook haar weerslag op de positie van de vervreemder.¹⁰¹ Wanneer daarbij bovendien bedacht wordt dat de nadere vormgeving van het *Anwartschaftsrecht* in de rechtspraak en literatuur heeft geleid tot een verdeling van bevoegdheden tussen verkoper en koper, wekt het weinig verbazing dat in de Duitse literatuur geregeld wordt aangenomen dat de voorwaardelijke beschikking leidt tot een splitsing van het eigendomsrecht in een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en opschortende voorwaarde.¹⁰²

97 Letzgus 1938, p. 1, BGB-RGRK/Steffen 1982, § 161 BGB, Rn. 1, Staudinger/Bork 2015, § 158 BGB, Rn. 3, MünchKomm-BGB/Westermann 2015, § 161 BGB, Rn. 7 en Bamberger & Roth/Rövekamp 2016, § 161 BGB, Rn. 8. Zie ook de parlementaire geschiedenis zoals weergegeven door B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Band. Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil*, Berlin: Decker 1899, p. 496 alwaar de Eerste Commissie spreekt van een 'in der Gebundenheit liegende Beschränkung der Verfügungsmacht.'

98 Zie hiervoor in voetnoot 27.

99 Zie bijv. Von Tuhr 1914, p. 68 en Letzgus 1938, p. 12-13: 'sie [bildet] im Grunde nur das Gegenstück (...) zum auflösend bedingt erworbenen Eigentum.' Vgl. ook Henckel 1994, p. 195: 'Das vorbehaltene Eigentum ist also offenbar ein Eigentum eigener Art, ein Eigentum, das durch eine dingliche Rechtsposition des Käufers, die von der herrschenden Meinung als Anwartschaftsrecht bezeichnet wird, beschränkt ist.'

100 Volgens Zwalm 2006, p. 201, voetnoot 172 hebben we hier zelfs te maken met een groter wonder dan de transsubstantiatie, aangezien daarvoor in ieder geval nog brood en wijn nodig is.

101 Zie bijv. Raiser 1961, p. 61 die opmerkt dat § 161 BGB 'eine Gebundenheit des jeweiligen Eigentümers zugunsten des Anwärters [bewirkt].' Vgl. ook Gudian 1967, p. 1787: 'das Eigentum wird (...) durch das daneben bestehende Anwartschaftsrecht eines anderen nicht verdoppelt, sondern eingeschränkt.' Zie ook Staudinger/Wiegand 2017, § 929 BGB, Rn. 34 die opmerkt dat uit de aanvaarding van het *Anwartschaftsrecht* volgt 'dass ein um das Anwartschaftsrecht verkürztes Eigentum kein „Volligentum“ mehr sein kann.' In die richting ook Rühl 1930, p. 86-87.

102 Ph. Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, Aalen: Scientia 1930, p. 90, Letzgus 1938, p. 12-14, Raiser 1961, p. 63-68, Forkel 1962, p. 164-165, Weitnauer 1965, p. 142, Gudian 1967, p. 1787, Schwerdtner 1980, p. 614, Soergel/Mühl 1991, § 455 BGB, Rn. 1, Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 69, Wiegand 2008, p. 735-736, Baur/Baur & Stürner 2009, p. 827-828, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 357, Staudinger/Wiegand 2017, § 929 BGB, Rn. 34 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 932 BGB, Rn. 19. Zie ook U. Diederichsen, 'Die Industriegesellschaft als Herausforderung an das bürgerliche Recht', *NJW* 1975, p. 1803 die spreekt van een 'Verdoppelung des Sachenrechts' en R. Schreiber, 'Die bedingte Übereignung', *NJW* 1966, p. 2334 die opmerkt dat 'das Anwartschaftsrecht auf Eigentum nichts anderes als bedingtes Eigentum' is. Volgens Hübner 1980, p. 730 is de splitsingsleer de heersende leer. Zo ook Staudinger/Wiegand 2017, Anh zu §§ 929 ff BGB, Rn. 26.

Uiteindelijk komen het Oostenrijkse, Duitse en Nederlandse recht via verschillende wegen daarmee tot vergelijkbare uitkomsten. Om die reden acht ik het niet problematisch om in het navolgende te vergelijken met het Oostenrijkse recht en het Duitse recht waar het aankomt op de rechtspositie van de verkrijger en de nadere inpassing van diens rechtspositie in het vermogensrechtelijk systeem, zij het dat daarbij de hierboven geschetste verschillen in uitgangspunt in acht (moeten) worden genomen.

8.2.8 *De situatie bij een voorwaardelijke making*

De hier voor de voorwaardelijke overdracht verdedigde systematiek stemt overeen met de rechtsgevolgen van een voorwaardelijke making in het erfrecht. Een dergelijke making heeft ook goederenrechtelijk effect, in die zin dat vervulling van de voorwaarde zonder meer bewerkstelligt dat degene aan wie het vermaakte bij vervulling van de voorwaarde toekomt door vervulling van de voorwaarde onvoorwaardelijk rechthebbende wordt.¹⁰³

Deze goederenrechtelijke werking is op vergelijkbare wijze vormgegeven, doordat de verwachter terstond een recht onder opschortende voorwaarde verkrijgt.¹⁰⁴ Dit recht van de verwachter is afgesplitst van het onvoorwaardelijke recht, als gevolg waarvan ook het recht van de bezwaarde dienovereenkomstig is beperkt, in die zin dat hij slechts een recht onder ontbindende voorwaarde heeft. Ook hier voltrekt de rechtsverkrijging zich – ondanks de opschortende voorwaarde – dus meteen en niet pas met de vervulling van de voorwaarde.¹⁰⁵

Gedurende de periode van onzekerheid zijn zowel de bezwaarde als de verwachter rechthebbende van een voorwaardelijk recht, waarbij de voorwaarden een tegengestelde inhoud hebben, zodat de beide rechten elkaar uiteindelijk uitsluiten. Vervulling of verval van de voorwaarde bewerkstelligt dat een van beide rechten uitgroeit tot het onvoorwaardelijke recht. Aldus waarborgt ook hier de splitsing van het recht de goederenrechtelijke werking bij de vervulling van de voorwaarde.

¹⁰³ Vgl. T.M., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 809.

¹⁰⁴ Meijers 1948, p. 92, L.C.A. Verstappen, 'Makings onder tijdsbepaling en voorwaarde naar nieuw erfrecht, in het bijzonder fidei-commissaire voorwaardelijke makings (II, slot)', *WPNR* 2000 (6399), p. 289, Vegter 2002, p. 319-321, Mollema 2007, p. 144, Klaassen-Eggens/Luijten & Meijer 2008, nr. 291, voetnoot 433, Asser/Perrick 4 2013, nr. 229 en Brinkman 2014, p. 28 (zie over diens kwalificatie nog hierna in voetnoot 450). Vgl. ook Verstappen 2015, p. 283-284. Anders: H.B. Reehuis 2016, p. 129-132. Terecht merkt Asser/Perrick 4 2013, nr. 229 op dat lezing van de T.M., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 823-824 in samenhang met Meijers 1948, p. 92 dwingt tot de conclusie dat terstond een recht wordt verkregen, omdat hier sprake is van een door de erflater gestelde voorwaarde. Daarmee geldt niet meer wat Meijers voor het oude recht verdedigde dat slechts sprake was van een verwachting (zie bijv. Asser/Meijers 1941, p. 454), hetgeen logischerwijs voortvloeide uit de benadering dat sprake was van een wettelijke voorwaarde. Aangezien in een dergelijk geval voor vervulling van de voorwaarde nog niet is voldaan aan een van de totstandkomingsvereisten voor de rechtsverkrijging, kan nog niet van een recht worden gesproken. Aangezien een recht pas kan worden verkregen als aan alle totstandkomingsvereisten (waaronder de vervulling van de wettelijke voorwaarde) voor de rechtsverkrijging is voldaan, kan een wettelijke voorwaarde niet de rechtsgevolgen van een door partijen (of de erflater) gestelde voorwaarde hebben.

¹⁰⁵ Ogenshijnlijk anders: Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 423. Het in de hoofdttekst verdedigde neemt niet weg dat het vanwege de strekking van bepaalde erfrechtelijke bepalingen nuttig of zelfs noodzakelijk kan zijn om bij vervulling van de voorwaarde te fingeren alsof de nalatenschap opnieuw openvaalt. Zie daarover uitgebreid Brinkman 2014, *passim*, i.h.b. p. 13 en p. 139 e.v. Vgl. ook Verstappen 2015, p. 279, p. 305 en p. 456.

Uit het feit dat artikel 4:138 lid 1 BW de bezwaarde gedurende de periode van onzekerheid voor zover het betreft de door en tegen derden uit te oefenen rechten en rechtsvorderingen aanmerkt als uitsluitend rechthebbende, kan niets anders worden afgeleid.¹⁰⁶ Juist uit het feit dat de wet de bezwaarde hier door middel van een fictie ('wordt als de uitsluitend rechthebbende aangemerkt') een grote rechtsmacht toekent, blijkt namelijk dat hij in werkelijkheid – dat wil zeggen: zonder de toepasselijkheid van de fictie – slechts een beperktere rechtsmacht heeft, die een gevolg is van het feit dat zijn recht door de ontbindende voorwaarde is beperkt. Dit blijkt ook duidelijk uit de omstandigheid dat uit de omstandigheid dat de bezwaarde ten opzichte van derden als uitsluitend rechthebbende moet worden aangemerkt, niet kan worden afgeleid dat hij ook bevoegd is om te beschikken over een onvoorwaardelijk recht.¹⁰⁷ Hij kan – behoudens derdenbescherming – en mag slechts beschikken onder eerbiediging van de voorwaarde.¹⁰⁸

8.3 Bezwaren tegen de hier verdedigde opvatting

In de literatuur zijn meermaals bezwaren geuit tegen de verklaring van de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde door middel van een splitsing van het eigendomsrecht gedurende de periode van onzekerheid. In paragraaf 8.2.5 is reeds ingegaan op het bezwaar dat voor deze benadering (te) weinig steun zou zijn te vinden in de wet en wetsgeschiedenis. In het navolgende wordt ingegaan op de vermeende inbreuk op de oneindigheid van het eigendomsrecht (paragraaf 8.3.1), de onmogelijkheid om eigendom te splitsen in een eigendomsrecht onder opschortende en ontbindende voorwaarde (paragraaf 8.3.2) de beweerdelijke strijd met de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten (paragraaf 8.3.3) en de vraag of 'ondersplitsing' een probleem is (paragraaf 8.3.4).

8.3.1 Inbreuk op de oneindigheid van het eigendomsrecht

De splitsing van het eigendomsrecht in een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde wordt wel in verband gebracht met de oneindigheid van het eigendomsrecht.¹⁰⁹ Een zodanige splitsing zou zich niet verdragen met het axioma dat eigendom een eeuwigdurend recht is.¹¹⁰ Uit het oneindige karakter van het eigendomsrecht zou voortvloeien

106 Asser/Perrick 4 2013, nr. 200. Anders: H.B. Reehuis 2016, p. 130.

107 Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 424, Mollema 2007, p. 145, Klaassen-Eggens/Luijten & Meijer 2008, nr. 292 en Verstappen 2015, p. 309.

108 T.M., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 811. Anders dan veelal wordt aangenomen (in die richting bijv. de slotzin van het oorspronkelijke lid 1 van art. 4:138 BW, Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 424 en Verstappen 2015, p. 303-304), houdt dit niet in dat hij slechts kan beschikken onder dezelfde voorwaarde – de rechthebbende van een voorwaardelijk recht kan dit immers ook onvoorwaardelijk vervreemden – maar dat slechts over het *voorwaardelijke* recht kan worden beschikt. Zie Asser/Perrick 4 2013, nr. 200. Zoals Mollema 2007, p. 145 opmerkt is dat simpelweg een consequentie van de *nemo-plus*-regel. Zie ook nog hierna in paragraaf 8.9.

109 Struycken 2007, p. 234.

110 Zie voor dat axioma bijv. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 20 en nr. 20a (eveneens, maar ogenschijnlijk minder stellig Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 20 en nr. 20a) en uitgebreid rechtsvergelijkend Zwolve 2006.

dat het niet mogelijk is door middel van een overdracht te bewerkstelligen dat het (voortbestaan van het) eigendomsrecht afhankelijk wordt gemaakt van het verstrijken van een termijn. Deze stelling lijkt te worden bevestigd door artikel 3:85 BW, dat de overdracht voor een bepaalde tijd onmogelijk maakt. Anderen wijzen erop dat de oneindigheid van het eigendomsrecht niet rechtstreeks in het geding is bij een overdracht onder voorwaarde, nu het eigendomsrecht slechts *mogelijk* in tijd beperkt is; vervulling van de voorwaarde is immers onzeker.¹¹¹

Op het eerste gezicht lijkt het beroep op het karakter van het eigendomsrecht als eeuwigdurend recht tamelijk vergezocht. De overdracht onder voorwaarde of tijdsbepaling bewerkstelligt immers niet dat het eigendomsrecht na vervulling van de voorwaarde of tijdsbepaling tot een einde komt, maar leidt er slechts toe dat het van rechtssubject wisselt.¹¹² Dat het mogelijk is een eigendomsrecht over te dragen aan een ander, staat buiten kijf (art. 3:84 BW), waardoor niet goed valt in te zien waarom de oneindigheid van het eigendomsrecht zich zou verzetten tegen een constructie waarbij de rechtsgevolgen van een eigendomsoverdracht (gedeeltelijk) op een ander moment zullen intreden dan het moment waarop de overdracht tot stand wordt gebracht. De voorwaardelijke beschikking bewerkstelligt immers niet dat het eigendomsrecht implodeert en de zaak een *res nullius* wordt.¹¹³

Met het beroep op de onbeperktetheit in tijd van het eigendomsrecht wordt dan ook niet bedoeld dat de oneindigheid van het eigendomsrecht zich zou verzetten tegen overdracht. De achtergrond van het beroep op dit axioma lijkt dan ook veel eerder te zijn gelegen in de ogenschijnlijke onverenigbaarheid van de overdracht onder tijdsbepaling (en eventueel de overdracht onder voorwaarde) met het eigendomsbegrip, dat namelijk inhoudt ‘dat de eigenaar uiteindelijk de enige is die het lot van de zaak bepaalt [en] dat hij in beginsel alle bevoegdheden heeft die met betrekking tot de zaak denkbaar zijn.’¹¹⁴ De gedachte is kennelijk dat wanneer vaststaat dat het eigendomsrecht na het verstrijken van een bepaalde termijn overgaat op een ander, bezwaarlijk nog zou kunnen worden volgehouden dat de eigenaar tot die tijd het meest omvattende recht heeft en met de zaak kan doen en laten wat hij wil, nu de tijdsbepaling hem zou beperken in zijn eigendomsbevoegdheden.¹¹⁵ Ook zo begrepen is het beroep op de oneindigheid van het eigendomsrecht weinig overtuigend, nu het immers de eigenaar zelf is geweest die het lot van de zaak heeft bepaald door haar over te dragen op een ander. Het valt niet goed in te zien waarom het de eigenaar niet vrij zou staan zijn bevoegdheden aldus – door een uitgestelde overdracht – aan banden te leggen.¹¹⁶

111 Kortmann 1992, p. 202-203, Struycken 2007, p. 567 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 20b. Vgl. ook M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 802.

112 Vgl. Struycken 2007, p. 232.

113 Wel kan worden gezegd dat het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde door vervulling van de voorwaarde in zekere zin ‘implodeert’, nu het eindigt c.q. vervalt door vervulling van de voorwaarde. Daarmee wordt echter geen inbreuk gemaakt op de oneindigheid van het eigendomsrecht, nu het complementaire eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde op hetzelfde moment uitgroeit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht. Aangezien dat eigendomsrecht een voortzetting is van het onvoorwaardelijk eigendomsrecht, is de oneindigheid van het eigendomsrecht gewaarborgd. Zie A-G Rank-Berenschot in punt 2.27 van haar conclusie voor HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

114 Van den Bergh 1987, p. 331.

115 Vgl. Schoordijk 1986, p. 117 die opmerkt dat tijdelijke eigendom zou leiden tot een nieuw zakelijk recht.

116 Vgl. Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 14: ‘Dass der Eigentümer als Inhaber des Vollrechts es aber auch in der Hand hat, sein Eigentumsrecht nicht nur inhaltlich und der Ausübung nach in privatautonomer Vereinbarung zu beschränken, sondern auch die Dauer der Einräumung des Rechts auf einen anderen zu bestimmen, erscheint nicht abwegig.’

Bij tijdelijke eigendom speelt wel een ander aspect een rol, dat aanleiding was voor Meijers' bezwaren tegen tijdelijke eigendom en het aanmerken van een tijdelijke overdracht als de vestiging van een vruchtgebruik. Omdat de eigenaar zijn recht heeft overgedragen onder tijdsbepaling, moet hij rekening houden met de opvolgend eigenaar: hij zal de uiteindelijke eigendomsverkrijging door de rechtsverkrijger op het moment dat de tijd is verstreken moeten garanderen.¹¹⁷ Men zou vervolgens kunnen menen dat het feit dat de tijdelijke eigenaar rekening zou moeten houden met het recht van degene die na hem komt, op gespannen voet staat met de hiervoor gegeven karakterisering van het eigendomsrecht.¹¹⁸ Een eigenaar mag normaliter immers doen en laten wat hem goeddunkt, zonder dat hij daarbij in beginsel rekening hoeft te houden met de belangen van anderen. De vermeende onverenigbaarheid van tijdelijke eigendom met het eigendomsbegrip lijkt uiteindelijk echter niet de reden te zijn geweest voor het opnemen van artikel 3:85 BW.¹¹⁹ Bezwaarlijk achtte de wetgever namelijk vooral dat de mogelijkheid van in tijd beperkte eigendom zou kunnen leiden tot een ontduiking van de bepalingen over vruchtgebruik, die juist beogen te waarborgen dat de vruchtgebruiker rekening houdt met degene die na hem komt.¹²⁰ Artikel 3:85 BW vormt zo gezien een slot op de deur, omdat voorkomen wordt dat door middel van een overdracht onder tijdsbepaling afbreuk zou worden gedaan aan de bescheiden bescherming die de vruchtgebruikregeling biedt.¹²¹ Aan het Nederlandse recht ligt derhalve niet het axioma van de oneindigheid van het eigendomsrecht ten grondslag.¹²² Artikel 3:85 BW streeft meer pragmatische doelstellingen na. Bovendien zou aan een bepaling als artikel 3:85 BW – afgezien van de conversieregel – geen behoefte

117 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 185. Zie voor Oostenrijk Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 15: 'gleich einem Fruchtgenussberechtigten darf er die Substanz der Sache nicht beeinträchtigen, ohne in das dingliche Anwartschaftsrecht bzw das zukünftige Eigentum des Zweiterwerbers einzugreifen.'

118 Vgl. H. Hofmeister, 'Wiederkehr des familiengebundenen Liegenschaftseigentums? Erörterungen zur Verbücherung von "Besitznachfolgerechten" und zur Theorie des "zeitlichen Eigentums"', in: W.H. Rechberger & R. Welser (red.), *Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag*, Wien: Manzsche 1986, p. 395-396, Struycken 2007, p. 486 en Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 15.

119 Zo ook Kortmann 1992, p. 203, Rank-Berenschot 1998, p. 15-155 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 128. Vgl. ook Struycken 2007, p. 560 en Reehuis 2010, nr. 110. Anders: Zwalve 2006, p. 269-270.

120 Nota II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1204. Zie ook de Toelichting- Meijers bij art. 4:136 BW (T.M., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 801) en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 802.

121 De parallel dringt zich op met art. 3:84 lid 3 BW, dat waakt tegen een omzeiling van de regels die gelden voor pandrecht, als gevolg waarvan de bescherming die deze regels bieden, illusoir zou kunnen worden gemaakt. Zie V.V. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 727. Vgl. Zwalve 2006, p. 308-310.

122 Rank-Berenschot 1998, p. 155-156. Anders: Struycken 2007, p. 232-234 en p. 564. Voor Oostenrijk acht Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 16-17 vooral problematisch dat de overdracht onder tijdsbepaling op gespannen voet staat met het publiciteitsbeginsel en – waar het aankomt op een overdracht onder eindtermijn – het leveringsbeginsel, nu het eigendomsrecht van rechtswege terugvalt naar de vervreemder, zonder dat daarvoor levering is vereist. Zie voor vergelijkbare bezwaren voor de overdracht onder ontbindende voorwaarde Flume 1992, p. 728. Neemt men daarentegen aan dat de vervreemder onder ontbindende voorwaarde de verkrijger bij vervulling van de voorwaarde niet opvolgt onder bijzondere titel, is dat niet het geval (zo bijv. terecht Von Jhering 1871, p. 549 en Zwalve 2006, p. 203 en p. 91-92). Overigens merkt Leupold in Rn. 16 en Rn. 49 op deze bezwaren niet gelden voor de splitsing van het eigendomsrecht bij een eigendomsvoorbehoud, omdat de koper feitelijke macht uitoefent over de zaak en het eigendomsrecht gesplitst wordt door een leveringshandeling, zodat het leveringsbeginsel wordt geëerbiedigd.

bestaan, wanneer tijdelijke eigendom reeds uit de aard onverenigbaar zou zijn met het karakter van het eigendomsrecht. Om die reden lijkt veeleer te kunnen worden aangenomen dat de wetgever tijdelijke eigendom bij gebreke van artikel 3:85 BW wel degelijk mogelijk zou achten.¹²³

Daarbij dient bedacht te worden dat elk rechtsstelsel dat de overdracht onder voorwaarde met goederenrechtelijke werking aanvaardt, het mogelijk maakt dat de eigenaar gedurende een bepaalde periode beperkt is in zijn eigenaarsbevoegdheden. Of men de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde waarborgt door middel van de terugwerkende kracht, een wettelijke beschermingsbepaling of een splitsing van het eigendomsrecht, is daarbij onverschillig, omdat in alle drie de gevallen *de facto* sprake is van een beperking van de eigenaarsbevoegdheden van de eigenaar onder ontbindende voorwaarde. Weliswaar kan men hem door middel van een fictie gedurende de periode van onzekerheid beschouwen als onvoorwaardelijk eigenaar, maar wanneer men tegelijkertijd aanvaardt dat vervulling van de voorwaarde met terugwerkende kracht bewerkstelligt dat door hem gedurende de periode van onzekerheid getroffen beschikkingen zijn verricht door een beschikkingsonbevoegde, is materieel sprake van een beperking van de eigenaarsbevoegdheden. Wanneer een rechtsstelsel de oneindigheid van het eigendomsrecht strikt zou willen opvolgen, dient het de goederenrechtelijke werking te onzeggen aan het intreden van de voorwaarde, omdat alleen dan is gewaarborgd dat een eigenaar in generlei wijze door de voorwaardelijke overdracht wordt beperkt in zijn eigenaarsbevoegdheden.¹²⁴

Erg aanbevelingswaardig acht ik een zodanig stelsel overigens niet, omdat niet goed valt in te zien waarom het bezwaarlijk is dat de eigenaar gedurende de periode van onzekerheid beperkt is in zijn eigenaarsbevoegdheden, waar deze beperking berust op zijn eigen keuze en derden beschermd worden wanneer zij niet op de hoogte zijn van de beperking van het eigendomsrecht. Hierna zal bovendien nog blijken dat artikel 3:84 lid 4 BW, door reeds voor vervulling van de voorwaarde een zekere werking te geven aan de overdracht, er juist toe strekt te waarborgen dat op afdoende wijze rekening wordt gehouden met de belangen van de opvolgende eigenaar, door diens belang als (mogelijk) toekomstig eigenaar reeds terstond te erkennen en te beschermen.¹²⁵ In zoverre voorkomt artikel 3:84 lid 4 BW tot op zekere hoogte de in het kader van artikel 3:85 BW wel geopenperde bezwaren dat de tijdelijk eigenaar rekening moet houden met de belangen van degene die na hem komt.¹²⁶

123 Zie bijv. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 185 waar naar voren komt dat volgens Meijers de overdracht onder opschortende of ontbindende tijdsbepaling inderdaad zou leiden tot tijdelijke eigendom. Zie voor de mogelijkheid van tijdelijke eigendom onder het oude recht o.m. Diephuis 1886, p. 23-24, Wiarda 1937, p. 115-125, Asser/Scholten 1945, p. 164-165, Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 173 en Asser/Beekhuis e.a. 3-II 1990, p. 13. Daartegen: M.L. van Goudoever, 'De duur van het eigendomsrecht', *WPNR* 1903 (1741-1742), p. 225-227 en p. 233-235 en Suijling 1940, p. 268-269.

124 Vgl. Struycken 2007, p. 234 en Mollema 2007, p. 149.

125 Vgl. Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 79: 'Erst die dingliche Rechtsstellung wahrt die Interessen des Anwartschaftsberechtigten.'

126 Vgl. Forkel 1962, p. 74-75.

Daarbij dient wel bedacht te worden dat met de splitsing van het eigendomsrecht gedurende de periode van onzekerheid vooral afdoende rekening wordt gehouden met de belangen van degene die door vervulling van de voorwaarde eigenaar wordt, indien de macht over de zaak ook door diegene wordt uitgeoefend. Indien de macht over de zaak berust bij de eigenaar onder ontbindende voorwaarde, geldt dat in mindere mate.¹²⁷ Omdat de koper bij een eigendomsvoorbehoud in de regel de macht uitoefent over de zaak, is het ook niet nodig de rechtsverhouding tussen de voorwaardelijk eigenaars bij een eigendomsvoorbehoud nader wettelijk vorm te geven, zoals voor de rechtsverhouding bij een voorwaardelijke making is gedaan door overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikregels (art. 4:138 BW).

8.3.2 *De onmogelijkheid van splitsing van eigendom*

Geregeld wordt als bezwaar tegen de opvatting dat een voorwaardelijke beschikking leidt tot een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde aangevoerd dat het onmogelijk is om eigendom te splitsen op een andere wijze dan waarin de wet voorziet.¹²⁸

Bij dit bezwaar ligt het gevaar op de loer dat men langs elkaar heen redeneert, zoals treffend door Struycken tot uitdrukking is gebracht:

‘De dogmatische vraag in hoeverre vermogensrechten splitsbaar zijn, speelt in deze discussie een dubbelrol, in de ene redenering die van onwrikbaar dogma, in de andere de rol van *petitio principii*. In de stroming die betwist dat aan de koper een voorwaardelijk eigendomsrecht toekomt, vormt de onsplitsbaarheid van het eigendomsrecht het uitgangspunt van de redenering; de onbestaanbaarheid van voorwaardelijke eigendom wordt gepresenteerd als consequentie van het dogmatische uitgangspunt van onsplitsbaarheid. Daarentegen vormt de splitsbaarheid het sluitstuk van de redenering van degenen die de positie van de koper wel als een voorwaardelijk eigendomsrecht aanmerken; de erkenning van het bestaan van dubbele of gesplitste eigendom brengt hen tot de conclusie dat het uitgangspunt van onsplitsbaarheid niet langer onverkort geldt.’¹²⁹

Het door Struycken gesignaleerde probleem komt voort uit het feit dat wordt uitgegaan van de onmogelijkheid van splitsing van eigendom *op een andere wijze dan waarin de wet voorziet*. Neemt men aan dat aan deze splitsing een afdoende wettelijke basis ten grondslag ligt, zoals hiervoor is betoogd, dan bestaat er in het geheel geen onsplitsbaarheidsprobleem.¹³⁰ De splitsing van het eigendomsrecht

¹²⁷ Vgl. Verstappen 2015, p. 271-272.

¹²⁸ Kortmann 1992, p. 200-201, Bartels 1997, p. 91, Jansen 2001, p. 287, Scheltema 2003, p. 344, Peter 2007, p. 150-151, Wibier & Smid 2009, p. 727, voetnoot 22, Reehuis 2010, nr. 93, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 126, Reehuis 2013, nr. 22, Scheltema 2013, p. 162, Kok 2015, p. 690, A.F. Salomons & G.Á.C. Orbán in hun noot onder HR 3 juni 2016, *INS* 2016, 206 en Struycken 2016, p. 182. Zo reeds Suijling 1940, nr. 248.

¹²⁹ Struycken 2007, p. 555.

¹³⁰ Zie bijv. Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 194 waar het eigendomsvoorbehoud wordt gezien als een wettelijke uitzondering die voorziet in splitsing van een recht over meerdere personen. Anders: Snijders 2006, p. 226.

is dan immers een gevolg van artikel 3:84 lid 4 BW en ligt besloten in het goederenrechtelijk systeem.¹³¹ Ook de wetgever heeft zich meermaals in termen van splitsing van rechten uitgedrukt, zodat het beroep op de onmogelijkheid van splitsing als bezwaar tegen de erkenning van de rechtspositie van de koper als voorwaardelijk eigendomsrecht geen overtuigingskracht heeft. Door de auteurs die zich beroepen op de onmogelijkheid van splitsing van eigendom wordt daarentegen juist betoogd dat artikel 3:84 lid 4 BW geen afdoende basis is en uit de opmerkingen van de wetgever niet te veel mag worden afgeleid. Zo bezien zou de splitsbaarheid helemaal niet berusten op de wet.

Men geraakt slechts uit deze spraakverwarring, door te bezien welke inhoudelijke argumenten aan het beroep op de onsplitbaarheid van eigendom ten grondslag liggen. Het achterliggende bezwaar lijkt te zijn dat splitsbaarheid zich niet goed verdraagt met het karakter van het eigendomsrecht als meest omvattende recht (art. 5:1 BW). De mogelijkheid om de uit het eigendomsrecht voortvloeiende bevoegdheden te verdelen over meerdere personen, die allebei als eigenaar worden aangemerkt, zou met de definitie van het eigendomsrecht innerlijk tegenstrijdig zijn, omdat niet goed voorstelbaar is dat twee personen een meest omvattend recht ten aanzien van dezelfde zaak hebben.¹³² Naast dit meer semantische argument speelt ook een inhoudelijk bezwaar: als we eenmaal aanvaarden dat twee personen tegelijkertijd eigenaar kunnen zijn van een zaak, zonder dat sprake is van een gemeenschappelijk toebehoren, op welke wijze moet dan worden bepaald aan wie welke gewoonlijk uit het eigendomsrecht voortvloeiende bevoegdheden toekomen?¹³³

Bij het semantische bezwaar wordt (impliciet) een buitenwettelijke karakterisering van het eigendomsrecht tot uitgangspunt genomen. Alsof het eigendomsbegrip een vaststaand en omljnd gegeven is, en de wet daarop geen enkele invloed uitoefent.¹³⁴ Dat is niet het geval. Uiteindelijk is het immers in de eerste plaats de

131 Zwitser 1993, p. 528, Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006, nr. 220, Faber 2007, p. 54, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 240 en Rongen 2014, p. 314. Zie ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 550, alwaar de splitsing van eigendom wordt geaccepteerd.

132 Kortmann 1992, p. 201, Scheltema 2003, p. 344-345, Kok 2015, p. 690 en Scheltema 2017, p. 98. Vgl. ook Van Swaaij 2000, p. 190.

133 Scheltema 2003, p. 345 en Stolz 2015, p. 1002.

134 Zo bijv. Asser/Beekhuis e.a. 3-II 1990, p. 13: 'Het positieve recht kan bepalen wie eigenaar is, het kan ook beperkingen op de eigendom aanbrengen. Het kan echter niet de betekenis van het begrip eigendom vaststellen.' Dezelfde frase treft men nog aan bij Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 14. Zie over een dergelijke benadering de beschouwing van Wiegand 1976 over gesplitste eigendom, waarin hij op p. 138 duidelijk maakt dat de onmogelijkheid van splitsing in de negentiende-eeuwse doctrine tot ontwikkeling is gekomen onder invloed van het betoog van Thibaut (A.F.J. Thibaut, 'Ueber dominium directum und utile', in: *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Jena 1817, p. 67-99), niet vanwege 'die historisch eindrucksvolle Begründung' en evenmin door 'die gewiß überzeugende Polemik gegen die Literatur des 18. Jahrhunderts' maar vanwege 'ganz allein die Tatsache, daß viele der zeitgenössischen Juristen und der kommenden Generation eben diese Auffassung teilen, daß es nur ein wahres Eigentum gebe und daß dieses Eigentum dasjenige sei, das sie in den römischen Quellen vorzufinden glaubten.' Als vanzelfsprekend werd derhalve aangenomen dat er een bepaald 'echt' eigendomsbegrip bestond, zonder dat de wet daarop kennelijk enige invloed kon uitoefenen. Illustratief is de kritiek op het ABGB zoals besproken door Wiegand op p. 150-151 waaruit blijkt dat men uitging van een buitenwettelijk eigendomsbegrip dat splitsing niet toestaat, waardoor de in het ABGB opgenomen mogelijkheid van splitsing van eigendom volgens critici neerkwam op een 'baaren Unmöglichkeit'. Terecht merkt Wiegand 1976, p. 151-152 op dat hieruit een houding naar voren komt waarbij wordt uitgegaan van een quasi-natuurrechtelijke gelding van het eigendomsbegrip, waardoor bepaalde wetmatigheden als vaststaand worden aangenomen, alsof 'die Rechtsbegriffe selbst überhistorische Natur seien.' Vgl. ook Rank-Berenschot 1998, p. 149 die in het kader van de

wet die bepaalt wat onder een eigendomsrecht moet worden verstaan, welke bevoegdheden aan dit recht zijn verbonden en in hoeverre het mogelijk is het eigendomsrecht te splitsen.¹³⁵ Niets verzet zich ertegen dat de wetgever een splitsbaar eigendomsrecht schept. Het Oostenrijkse recht kende bijvoorbeeld enige tijd een zodanig splitsbaar eigendomsrecht, doordat het in § 357 ABGB de mogelijkheid opende om eigendom te splitsen in *Ober-* en *Nutzungsseigentum*.¹³⁶ Het eigendomsbegrip wordt aldus mede bepaald door de wettelijke bepalingen die daarop (impliciet) van toepassing zijn. Zo bezien is het mede artikel 3:84 lid 4 BW dat het eigendomsbegrip van het Nederlandse recht vormgeeft en niet uitsluitend de definitie van artikel 5:1 BW.¹³⁷ De dikwijls vooral retorisch opgeworpen vraag hoe het mogelijk is dat twee ‘meest omvattende rechten’ met betrekking tot dezelfde zaak kunnen bestaan, acht ik daarbij van weinig gewicht, nu de definitie van artikel 5:1 BW niet veel meer dan een verleggenheidsdefinitie is.¹³⁸

Ook het inhoudelijke bezwaar dat bij splitsbare eigendom onduidelijk is op welke wijze de bevoegdheden tussen de beide eigenaars moeten worden afgebakend, acht ik van weinig gewicht waar het gaat om splitsbaarheid als gevolg van een voorwaardelijke beschikking.¹³⁹ Het eigendomsrecht wordt weliswaar gesplitst, maar de verkrijger krijgt vooralsnog slechts een eigendomsrecht zonder werking.¹⁴⁰ Er is aldus wel sprake van een splitsing van het eigendomsrecht, maar geen splitsing van de aan het eigendomsrecht verbonden bevoegdheden. Slechts het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde heeft werking, zodat de eigenaarsbevoegdheden zijn verbonden aan het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde.¹⁴¹ Voor de hand ligt vervolgens de gevolgtrekking dat dit eigendomsrecht het ‘echte’ eigendomsrecht is,¹⁴² en dat dus in werkelijkheid van

in de literatuur dikwijls als vanzelfsprekend geponeerde stelling dat eigendom oneindig is, enigszins spottend opmerkt ‘dat er kennelijk zo iets moet zijn als de aard van het eigendomsrecht, die meebrengt dat eigendom en tijdelijkheid per definitie onverenigbare begrippen zijn.’ Zie ook Von Jhering 1871, p. 510: ‘Es ist nur eine durch den traditionellen Eigentumsbegriff des altrömischen Rechts beeinflusste unbeholfene Anschauungsweise, welche an der zeitlichen Eigentumsbeschränkung Anstoß nimmt.’

135 Vgl. ook L. Raiser, ‘Funktionsteilung des Eigentums’, in: F. Baur, K. Larenz & F. Wieacker (red.), *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht*, München: C.H. Beck 1977, p. 177-178 die opmerkt dat het ‘nicht Gründe einer strukturellen Logik, sondern solche der rechtspolitischen Konsequenz im Privatrechtssystem’ zijn, op grond waarvan bezwaren kunnen worden gemaakt tegen de splitsing van eigendom. Zie reeds Raiser 1961, p. 53-54.

136 Zie daarover uitgebreid Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 1 e.v.

137 Vgl. Rongen 2014, p. 313.

138 Zie Advies R.v.S., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 21: ‘Het is een verklaring zonder wezenlijke inhoud.’ Zie ook Van den Bergh 1987, p. 331 en De Jong 2006, p. 203.

139 Zie ook Van Hees 1997, p. 105.

140 Rongen 2014, p. 313-314 die om die reden niet van splitsing maar van spiegeling spreekt. Vgl. Faber 2007, p. 53-54. Deze spiegels- of vermenigvuldigingsgedachte moet evenwel worden verworpen. Beide rechten zijn immers door de splitsing dienovereenkomstig beperkt door de voorwaarde, terwijl met spiegeling of vermenigvuldiging de suggestie wordt gewekt alsof er na de voorwaardelijke overdracht méer rechten zouden bestaan dan daarvoor. Zie Raiser 1961, p. 66 die opmerkt dat splitsing een betere benadering is ‘da ja insgesamt den beiden Berechtigten nicht mehr Befugnisse zustehen als zuvor dem Veräußerer allein.’ Vgl. ook punt 7 van de noot van F.M.J. Verstijlen onder HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 (*Rabobank/Reuser*) die opmerkt dat van een ‘wonderbaarlijke vermeerdering van goederenrechtelijk rechten’ geen sprake is, nu beide rechten zijn onderworpen aan dezelfde voorwaarde en in zoverre spiegelbeeldig en complementair zijn.

141 Rongen 2014, p. 305. Zie ook A-G Rank-Berenschot in punt 2.27 van haar conclusie voor HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 (*Rabobank/Reuser*) en punt 7 van de noot van F.M.J. Verstijlen onder het arrest. Zie voor Oostenrijk Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 568.

142 Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 126, alwaar wordt opgemerkt ‘dat eigendom onder opschortende voorwaarde een nog niet bestaande eigendom is.’ Zo ook Scheltema 2003, p. 345-346.

splitsing helemaal geen sprake is. Dat is echter niet het geval. Net zoals een verbintenis zonder werking een – bestaande – verbintenis is, is ook eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde weliswaar zonder werking, maar wel degelijk een eigendomsrecht.

Hierna zal echter nog blijken dat, ondanks het uitgangspunt dat aan het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde gedurende de periode van onzekerheid alle eigenaarsbevoegdheden toekomen, ook aan de eigenaar onder opschortende voorwaarde reeds voordat het recht werking krijgt bepaalde bevoegdheden toekomen. Dienovereenkomstig is ook de eigenaar onder ontbindende voorwaarde in sommige van zijn eigenaarsbevoegdheden beperkt.¹⁴³ Het tegen splitsbaarheid van eigendom aangedragen argument dat hierdoor onduidelijkheid kan ontstaan bij de afbakening van de respectieve bevoegdheden, bezit in zoverre een zekere kern van waarheid. Bedacht moet worden dat deze hierna nog te behandelen afbakening betrekking heeft op allemaal vragen die evenzeer aan de orde zouden (moeten) komen indien men niet zou uitgaan van een systematiek van gesplitste eigendom gedurende de periode van onzekerheid. Deze vragen zijn namelijk inherent aan het feit dat gedurende de periode van onzekerheid bepaalde onzekerheden bestaan, omdat niet duidelijk is wie uiteindelijk eigenaar zal zijn van de verkochte zaak. Het komt mij voor dat de aanvaarding van de splitsing van het eigendomsrecht in dat verband juist een adequaat middel vormt om het antwoord op deze vragen nader te onderbouwen en te verklaren.¹⁴⁴ In paragraaf 8.4.2 zal bovendien blijken dat al deze bevoegdheden berusten op de voorwerking van de overdracht onder opschortende voorwaarde, op grond waarvan de koper reeds die bevoegdheden heeft die nodig zijn om zijn eigendomsverkrijging bij vervulling van de voorwaarde te waarborgen. Aldus biedt deze voorwerking een tamelijk vastomlijnd richtsnoer, aan de hand waarvan zonder al te veel onduidelijkheid kan worden bepaald welke bevoegdheden aan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zijn verbonden.

8.3.3 *Strijd met de numerus clausus*

Soms wordt het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten in verband gebracht met de onmogelijkheid van splitsing van eigendom en kwalificatie van de rechtspositie van de koper als eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.¹⁴⁵ Op grond van deze *numerus clausus* staat het partijen niet vrij een

¹⁴³ Anders: Rongen 2014, p. 305.

¹⁴⁴ Vgl. Van Hees 1997, p. 107.

¹⁴⁵ Reehuis 2010, nr. 93, Wibier 2013, p. 290 en Nieuwesteeg 2015, p. 173. Ook in het Duitse recht wordt de *numerus clausus* wel gezien als obstakel voor de aanvaarding van het *Anwartschaftsrecht*, zij het dat het bestaan van een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten naar Duits recht niet onomstreden is. Zie daartegen met verdere verwijzingen Wieling 2006, p. 25-26 en p. 801. Voor het Duitse recht snijdt dit bezwaar meer hout, nu het *Anwartschaftsrecht* een andersoortig recht is dan het eigendomsrecht op de zaak zelf en niet aanstonds duidelijk is op welke wijze dit recht valt in te passen in het vermogensrechtelijk systeem en welke bepalingen daarop van toepassing zijn. Grotendeels wordt deze problematiek omgaan door middel van de beeldspraak dat geen sprake is van een nieuw, andersoortig goederenrechtelijk recht (*aliud*), maar van een *wesensgleiches* Minus van het eigendomsrecht. Zie Gernhuber 1981, p. 39-40 en Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 63. Deze beeldspraak, die gemunt is door Schwister in diens noot onder RG 4 april 1933, *JW* 1933, 1764, heeft ook ingang gevonden in de rechtspraak van het BGH, en leidt er per saldo toe dat alle regels die voor eigendomsrechten gelden, ook worden toegepast op het

buitenwettelijk goederenrechtelijk recht in het leven te roepen.¹⁴⁶ Zoals hier wordt verdedigd, berust de splitsing van het eigendomsrecht en de verkrijging van een voorwaardelijk eigendomsrecht door de koper echter op artikel 3:84 lid 4 BW en is het derhalve de wet die het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde in het leven roept. Van een door partijen gecreëerd, buitenwettelijk goederenrechtelijk recht is derhalve geen sprake.¹⁴⁷

Van een daadwerkelijk *nieuw* goederenrechtelijk recht is bovendien geenszins sprake. Het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is een ‘gewoon’ eigendomsrecht, dat behoort tot de wettelijke catalogus van goederenrechtelijke rechten.¹⁴⁸ Weliswaar is de bijzonderheid van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde gelegen in het feit dat (de werking van) het recht afhankelijk is van de vervulling van de voorwaarde, maar dit geldt evenzeer voor het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde, dat door wetgever, literatuur en rechtspraak zonder schroom wordt erkend en nooit als onbestaanbaar wordt beschouwd vanwege de *numerus clausus*. Ook in het licht van de functie van de *numerus clausus* is de splitsing van het eigendomsrecht in een eigendomsrecht onder ontbindende en opschortende voorwaarde niet problematisch te noemen. Met het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten wordt met name de gemakkelijke verhandelbaarheid van zaken bevorderd, doordat partijen niet bedacht hoeven te zijn op door partijen gecreëerde rechten maar slechts rekening moet houden met de wettelijke catalogus van goederenrechtelijke rechten.¹⁴⁹ In het verlengde daarvan bewerkstelligt de *numerus clausus* helderheid over welke regels van toepassing zijn op welke rechten en staat daarmee in het teken van de rechtszekerheid.¹⁵⁰

Aangezien zowel het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde als het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde een eigendomsrecht is, worden derden niet geconfronteerd met een nieuw, onbekend recht dat aan hen tegenwerpbaar is. Weliswaar moeten derden door de mogelijkheid van een zodanige

Anwartschaftsrecht. Door deze beeldspraak wordt men overigens op het verkeerde been gezet met betrekking tot het rechtskarakter van het *Anwartschaftsrecht*; in werkelijkheid is namelijk wel degelijk sprake van een *aliud*. Zie nader paragraaf 8.10.1. Het BGH heeft – mogelijk vanwege de *numerus clausus* – het *Anwartschaftsrecht* nog niet als goederenrechtelijk recht willen kwalificeren, maar, zo merkt Finkenauer terecht op, hij behandelt het recht wel als zodanig met betrekking tot alle relevante rechtsvragen. Zie HKK-BGB/Finkenauer 2003, §§ 158-163 BGB, Rn. 26. Geregeld wordt ook opgemerkt dat de functie van de *numerus clausus* er niet in is gelegen ‘das Sachenrecht auf dem Stand des Jahres 1900 gewissermaßen einfrieren zu lassen und jede Rechtsentwicklung zu hemmen, sondern der Parteiautonomie durch den Typenzwang Schranken zu ziehen’ (Raiser 1961, p. 55). Vgl. Forkel 1962, p. 163 en Stadler 1996, p. 288. Zo wordt ook ruiterlijk erkend dat sprake is van een ‘gelungene Rechtsfortbildung, die sich ua über den *numerus clausus* der Sachenrechte hinweggesetzt hat’ (Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 50). Vgl. Wiegand 2008, p. 735: ‘In der Sache kann heute (...) kein Zweifel daran bestehen, dass ein neues dingliches Recht entstanden ist. Ebenso wenig kann bezweifelt werden, dass die Entstehung neuer dinglicher Rechte durch Rechtsfortbildung zulässig ist.’

146 Om die reden wordt in de Oostenrijkse literatuur wel aangenomen dat het *Anwartschaftsrecht* geen goederenrechtelijk karakter kan hebben. Zie Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 565-566. Men pleegt te spreken van een ‘(quasi)-dingliches Anwartschaftsrecht’. Zie met verwijzingen Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 48 e.v. Terecht merkt Klang/Beclin 2011, § 897 BGB, Rn. 53 op dat – vanwege de splitsing of belasting van het eigendomsrecht – aan het *Anwartschaftsrecht* ‘im Ergebnis doch klar eine dingliche Vorwirkung zuerkannt [wird].’

147 Zie Scheltema 2003, p. 351 en p. 369.

148 Anders: Wibier 2016, p. 213.

149 Zie voor de ratio van de *numerus clausus* uitgebreid en met verdere verwijzingen Struycken 2007, p. 287-357 en p. 753-762, i.h.b. p. 293-297 voor het hier centraal gestelde aspect.

150 Struycken 2007, p. 350-356 die spreekt van de organisatorische functie van de *numerus clausus*.

splitsing niet alleen rekening houden met het bestaan van eigendomsrechten op een zaak, maar ook met eigendomsrechten waaraan een voorwaarde is verbonden, die mede de modaliteiten en het voortbestaan van het recht kan bepalen, maar dat is een noodzakelijke consequentie van de erkenning van een voorwaardelijke beschikking waarbij vervulling van de voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft. Voor een zodanig stelsel heeft de wetgever bewust gekozen. De splitsbaarheid van het recht als zodanig is vanuit het perspectief van de *numerus clausus* niet zozeer het probleem. Ook als men zou kiezen voor een andere techniek om de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde te bewerkstelligen, zouden derden *de facto* rekening moeten houden met voorwaardelijke rechten. Zou men bijvoorbeeld de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde willen verklaren aan de hand van de terugwerkende kracht van de voorwaarde, dan laat zich door middel van die fictie weliswaar volhouden dat er gedurende de voorwaardelijkheid slechts één eigenaar is en dat deze volledig eigenaar is, maar in feite is zijn rechtspositie net zozeer beperkt door de voorwaarde, omdat vervulling van de voorwaarde met terugwerkende kracht bewerkstelligt dat een ander eigenaar wordt en nadien getroffen beschikkingen door de vervreemder komen te vervallen.¹⁵¹ Ook in een zodanig stelsel worden derden derhalve geconfronteerd met de voorwaarde.

De gevolgen van de confrontatie van derden met voorwaardelijke rechten wordt voor roerende zaken, niet-registergoederen overigens sterk gemitigeerd door de werking van artikel 3:86 BW, op grond waarvan derden worden beschermd indien zij niet op de hoogte zijn van het voorwaardelijke karakter van het eigendomsrecht.¹⁵² Ook is van onduidelijkheid over de regels die op het eigendomsrecht onder opschortende of ontbindende voorwaarde moeten worden toegepast – hetgeen de *numerus clausus* beoogt te voorkomen – geen sprake. Beide rechten zijn immers eigendomsrechten en uit de wet volgt duidelijk welke regels op (de overdracht van) eigendomsrechten van toepassing zijn.¹⁵³ De bijzonderheid dat deze eigendomsrechten zijn onderworpen aan een voorwaarde, maakt voor de toepasselijkheid van die regels niets uit. Tot slot vormt een van de ratio's van de *numerus clausus* – de verhandelbaarheid van goederen – een steun in de rug voor de erkenning van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde als zelfstandig overdraagbaar recht: aldus wordt bewerkstelligd dat de koper over zijn rechtspositie kan beschikken en de zaak hangende de voorwaarde niet praktisch onoverdraagbaar wordt.¹⁵⁴

151 Anders Scheltema 2003, p. 300-301 die een stelsel van terugwerkende kracht verkieslijk acht, omdat de voorwaarde dan geen 'vaste voet in het goederenrecht' heeft. Vanwege de doorwerking van de titel in de rechtsgevolgen van de overdracht is dat echter hoe dan ook het geval, ook als door een fictie als de terugwerkende kracht wordt gedaan alsof dat niet zo is.

152 Reehuis 2010, nr. 101.

153 Van Hees 1997, p. 107. Zie ook de nuancerings van Wiegand 1990, p. 128, voetnoot 67.

154 Vgl. Henckel 1994, p. 195, Struycken 2007, p. 566-569, Verstijlen 2007, p. 825-826, Schuijling 2017, p. 19, voetnoot 17 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 18 die opmerkt dat men de ontwikkeling van het *Anwartschaftsrecht* vanuit de *numerus clausus* weliswaar kan bekritisieren, maar dat de leer desalniettemin een 'berechtigten Kern' heeft, nu zij de leemten in de wettelijke regeling opvult en verhandelbaarheid van de zaak gedurende de periode van onzekerheid tot gevolg heeft.

8.3.4 'Ondersplitsing' als probleem?

Als men aanvaardt dat de koper reeds terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt uit hoofde van de voorwaardelijke overdracht en vervolgens ook aanneemt dat de koper reeds voor vervulling van de voorwaarde over dit recht kan beschikken, is denkbaar – maar niet erg aannemelijk – dat de koper dit eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde vervolgens aan een derde overdraagt onder (een andere) opschortende voorwaarde, bijvoorbeeld een vervreemding van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde onder eigendomsvoorbehoud. Er is dan sprake van een voorwaardelijke beschikking over een voorwaardelijk recht. Op grond van artikel 3:84 lid 4 BW bewerkstelligt de tweede overdracht dat de tweede koper terstond een recht verkrijgt, zij het dat dit recht is onderworpen aan de tweede opschortende voorwaarde. De tweede koper wordt derhalve eigenaar onder opschortende voorwaarde van het eigendomsrecht onder – een andere – opschortende voorwaarde. De eerste verkoper blijft vooralsnog eigenaar onder ontbindende voorwaarde en de eerste koper is eigenaar onder ontbindende voorwaarde van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. In theorie kan deze 'ondersplitsing' van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde doorlopend plaatsvinden.¹⁵⁵

Deze ondersplitsing wordt wel beschouwd als een onwenselijke consequentie van de aanvaarding van gesplitste eigendom als gevolg van een voorwaardelijke beschikking. De rechtsmacht ten aanzien van een zaak kan hierdoor worden onderworpen aan een grote hoeveelheid aan voorwaarden. Beeldend is dit bezwaar verwoord door Kortmann, die het eigendomsrecht vergeleek met een ui; het steeds verder afpellen van de uienringen door de voorwaardelijke beschikkingen zou tot gevolg hebben dat uiteindelijk niets overblijft dan tranen.¹⁵⁶

Hoewel bovengenoemde ondersplitsing op zich zelf genomen denkbaar is, verwacht ik dat deze tranen de praktijk bespaard zullen blijven. Niet goed laat zich namelijk indenken dat er in de praktijk behoefte bestaat aan een zodanige ondersplitsing, omdat de rechtsverkrijging van de volgende verkrijger afhankelijk is van twee voorwaarden. Men verkrijgt een eigendomsrecht dat onderworpen is aan twee voorwaarden. Voor een nadere ondersplitsing, waarbij het eigendomsrecht afhankelijk wordt van nog meer voorwaarden, geldt dat des te meer. En als er geen behoefte bestaat aan een dergelijke ondersplitsing, zal zij ook wel niet plaatsvinden. Illustratief is de Duitse praktijk, waarin het zogenoemde *weitergeleitete Eigentumsvorbehalt*, waarbij de eerste koper zijn *Anwartschaftsrecht* onder eigendomsvoorbehoud vervreemdt, een buitengewoon ongebruikelijke figuur is, vanwege de hier genoemde bezwaren.¹⁵⁷ De koper onder eigendomsvoorbehoud van het *Anwartschaftsrecht* zou een recht verkrijgen dat afhankelijk is van meerdere voorwaarden, terwijl hij op de vervulling van een van beide voorwaarden geen enkele invloed heeft. Hier blijkt dat rechten die in de praktijk

¹⁵⁵ Vgl. ook Staudinger/Wiegand 2017, Anh. zu §§ 929 ff, Rn. 116 die spreekt van een 'Subanwartschaft'.

¹⁵⁶ Zoals weergegeven door Faber 2007, p. 55, voetnoot 59.

¹⁵⁷ Serick 1963, p. 79-80, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 156 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 88.

nauwelijks van waarde zijn, ook wel niet in het leven zullen worden geroepen. Wanneer desalniettemin een zodanige ondersplitsing zou plaatsvinden, worden derden beschermd indien zij onkundig zijn van het bestaan van (een of meer) voorwaarden waaraan het eigendomsrecht is onderworpen.

8.4 Kwalificatie eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde

In deze subparagraaf wordt onderzocht hoe het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kan worden getypeerd. Daarbij is het volgende van belang. De wet besteedt nauwelijks aandacht aan de karakteristieken van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Zoals hiervoor aan de orde kwam, is het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde een product van de voorwaardelijke beschikking, waarmee gegarandeerd wordt dat de koper door vervulling van de voorwaarde ook daadwerkelijk (onvoorwaardelijk) eigenaar wordt. De nadere inpassing van dit eigendomsrecht in het systeem van het vermogensrecht en de verhouding tot het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde dient dan ook te geschieden door de gevolgen van de voorwaardelijke beschikking in het systeem van het vermogensrecht af te tasten tegen de achtergrond van de bepalingen die de voorwaardelijke beschikking en het eigendomsrecht bestrijken.

In het bijzonder moet worden gewaakt voor een rechtlijnige deductieve argumentatiemethode, waarbij uit de omstandigheid dat de koper een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft zonder meer bepaalde rechtsgevolgen worden afgeleid. Het is niet zozeer de kwalificatie van de positie van de koper als een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde die dwingend bepaalde rechtsgevolgen voorschrijft, maar veeleer omgekeerd dat de nadere kwalificatie van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde afhangt van de wijze waarop dit recht moet worden ingepast in het goederenrechtelijk systeem.¹⁵⁸ Het komt mij voor dat dit in de literatuur soms onvoldoende wordt onderkend. Zo kan bijvoorbeeld niet worden gezegd dat de koper gedurende de periode van onzekerheid eigenaar wordt van de vruchten van de zaak *omdat* hij een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft.¹⁵⁹ Wanneer men namelijk de wettelijke bepalingen tot uitgangspunt neemt die betrekking hebben op de vraag wie eigenaar wordt van de vruchten, dan wordt, zoals hierna nog zal blijken, duidelijk dat die

158 Zie Flume 1962, p. 391 die zich sterk keert tegen deze bewijsvoering aan de hand van hetgeen juist bewezen moet worden. Sedertdien is dit bewustzijn algemeen doorgedrongen tot de Duitse literatuur. Zie Lux 2004, p. 145, Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 57 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 76. Zie voor Oostenrijk bijv. Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 9 en Rummel & Lukas/Rummel 2014, § 897 ABGB, Rn. 6. Dit alles neemt niet weg dat bepaalde rechtsgevolgen wel sterk samenhangen met het antwoord op de vraag hoe dit recht nader gekwalificeerd moet worden. Zie bijv. paragraaf 8.6.1 waarin de bevoegdheid om jegens derden op te treden wordt gebaseerd op het goederenrechtelijk karakter van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Dat is m.i. niet problematisch, omdat het goederenrechtelijk karakter van dat recht reeds voordien op basis van andere argumenten als goederenrechtelijk is gekwalificeerd. Zie hierna in paragraaf 8.4.1.

159 Zo bijv. Loof 2016, p. 821 en Schuijling 2017, p. 20.

vraag in het geheel niet wordt bepaald door de kwalificatie van de rechtspositie van de koper als eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, maar door de contractuele verhouding tussen de verkoper en de koper.¹⁶⁰

In het vervolg van deze paragraaf komt allereerst aan de orde in hoeverre het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde een ‘echt’ goederenrechtelijk recht is (paragraaf 8.4.1) en wat precies moet worden verstaan onder een recht zonder werking (paragraaf 8.4.2). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag of de verhouding tussen verkoper en koper als een gemeenschap moet worden begrepen (paragraaf 8.4.3) en wordt onderzocht of het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zich laat typeren als een wilsrecht, zoals in de literatuur wel pleegt te geschieden (paragraaf 8.4.4). Tot slot wordt aandacht besteed aan een bijzonderheid van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde in geval van een eigendomsvoorbehoud: de vormgeving van de voorwaarde bewerkstelligt een bijzondere verbintenisrechtelijke afhankelijkheid van het eigendomsrecht onder voorwaarde (paragraaf 8.4.5).

8.4.1 *Goederenrechtelijk recht*

Aangezien het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ogenschijnlijk een eigendomsrecht is, ligt de kwalificatie als goederenrechtelijk recht voor de hand. Soms wordt de term ‘eigenaar onder opschortende voorwaarde’ in de literatuur daarentegen ook wel uitsluitend gebruikt om op beeldende wijze te beschrijven hoe de rechtspositie van partijen zich laat typeren gedurende de periode van onzekerheid, zonder dat daarmee daadwerkelijk op een goederenrechtelijk eigendomsrecht wordt gedoeld.¹⁶¹ Bovendien zou ook de omstandigheid dat de opschortende voorwaarde verhindert dat aan het eigendomsrecht reeds werking toekomt, mogelijk in de weg kunnen staan aan de kwalificatie van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde als goederenrechtelijk recht.

Desalniettemin moet worden aangenomen dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde een daadwerkelijk goederenrechtelijk recht is. Het goederenrechtelijk karakter van dit eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde volgt uit de tegenwerpbaarheid van het recht aan derden.¹⁶² De verkrijging van het voorwaardelijk eigendomsrecht door de koper gaat namelijk gepaard met – of sterker nog: bewerkstelligt – een beperking van het eigendomsrecht van de verkoper. Doordat de verkoper nog slechts eigenaar onder ontbindende voorwaarde is,

¹⁶⁰ Zie hierna in paragraaf 8.5.3.

¹⁶¹ Zo bijv. Faber 1997, p. 211, Peter 2007, p. 150, Wibier & Smid 2009, p. 727, Wibier 2012, p. 310, Wibier 2013, p. 287 en Kok 2015, p. 687-688. Vgl. Rank-Berenschot 1992, p. 228. Zie voor Oostenrijk Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 564-566 die de koper typeert als eigenaar onder opschortende voorwaarde, maar dit recht niet als goederenrechtelijk recht wil kwalificeren, vanwege het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten en het feit dat dit recht nog geen werking heeft. Zie ook Schoordijk 1971, p. 459 die de koper als eigenaar onder opschortende voorwaarde beschouwt, maar gelet op zijn verdere betoog (i.h.b. p. p. 457, voetnoot 4 en p. 462, voetnoot 23) dit recht niet voor overdracht vatbaar acht en dus als enkel toekomstig benadert. In gelijke zin W.M. Kleijn, ‘Leasing en de zakenrechtelijke verhoudingen’, in: W.M. Kleijn & J.S. Rijkels, *Leasing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 20-21.

¹⁶² Rank-Berenschot 1992, p. 228-230, Scheltema 2003, p. 338 en Peter 2007, p. 148. Zie voor Duitsland Raiser 1961, p. 61-62 en Forkel 1962, p. 160-161 en voor de DCFR art. VIII.-2:307 DCFR jo. art. VIII.-1:204 DCFR, waarover Von Bar & Clive 2009, p. 4289.

kan hij nog slechts beschikken over dit door de voorwaarde beperkte eigendomsrecht, terwijl ook diens schuldeisers zich nog slechts op dit recht kunnen verhalen. De afsplitsing van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is daarmee tegenwerpbaar aan schuldeisers van de verkoper en derden aan wie de verkoper de zaak nadien vervreemdt. Deze tegenwerpbaarheid aan derden is een sterke indicatie voor het goederenrechtelijk karakter van het recht van de koper.¹⁶³

Een tweede belangrijke aanwijzing voor het goederenrechtelijk karakter van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is de positie van de koper indien de verkoper als beschikkingsonbevoegde over de zaak heeft beschikt. Zoals hierna nog zal worden onderbouwd, kan de koper het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde gedurende de periode van onzekerheid tegenwerpen aan de eigenaar, over wiens zaak de verkoper heeft beschikt, indien de koper te goeder trouw is op het moment van de machtsverschaffing van artikel 3:91 BW en ook voor het overige aan de vereisten van artikel 3:86 BW is voldaan. De koper verkrijgt op dat moment een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde en kan dit recht – ook reeds vóór vervulling van de voorwaarde – tegenwerpen aan de eigenaar onder ontbindende voorwaarde met wie hij in geen enkele contractuele betrekking staat.¹⁶⁴ Deze situatie illustreert het zaaksgevolg en de derdenwerking van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, hetgeen bevestigt dat sprake is van een goederenrechtelijk recht.¹⁶⁵

Dat er ook min of meer persoonlijke rechten bestaan waarbij dergelijke goederenrechtelijke trekken zijn te ontwaren, zoals voor het recht van de huurder blijkt uit artikel 7:226 BW, doet aan het voorgaande niet af.¹⁶⁶ Bij dergelijke rechten is namelijk sprake van een uit overeenkomst voortvloeiend recht, waarbij de derdenwerking wordt gerealiseerd door rechtsopvolgers te binden aan de desbetreffende overeenkomst, door de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst te laten overgaan op deze rechtsopvolgers.¹⁶⁷ De bevoegdheden van de huurder blijven hun grondslag vinden in de huurovereenkomst en hebben derhalve nog altijd een persoonlijk karakter. Artikel 7:226 BW bewerkstelligt enkel dat de overeenkomst ook tegen derden geldend kan worden gemaakt. Van een dergelijke overgang van de contractuele relatie is bij het eigendomsvoorbehoud geenszins sprake in het geval dat de verkoper zijn voorbehouden eigendomsrecht overdraagt aan een derde. De overeenkomst blijft bestaan tussen de verkoper en de koper.¹⁶⁸ De tegenwerpbaarheid van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde aan de verkrijger van het eigendomsrecht

163 Zoals in hoofdstuk 9, paragraaf 9.6 zal blijken, is dit eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ook reeds voor vervulling van de voorwaarde tegenwerpbaar aan rechtsopvolgers van de verkoper, met wie de koper niet in een contractuele betrekking staat.

164 Zie hierna in paragraaf 8.5.1.

165 Mezas 1985, p. 47. Vgl. Reehuis 1987, p. 151 die terecht opmerkt dat voor de kwalificatie van de rechtspositie van de koper als een 'absolute, zij het voorwaardelijke, aanspraak' pleit dat hij de bescherming van art. 3:86 BW terstond deelachtig wordt.

166 Anders: Nieskens-Isphording 1997, p. 107 en Nieuwesteeg 2015, p. 169 en p. 173. Zie ook Kortmann 1992, p. 204 die spreekt van een persoonlijke aanspraak met goederenrechtelijke eigenschappen.

167 Vgl. Rank-Berenschot 1992, p. 229, Scheltema 2003, p. 337-338 en Peter 2007, p. 148 en Scheltema 2013, p. 162.

168 Voor huurkoop is nog uitdrukkelijk bevestigd in HR 25 mei 1962, *NJ* 1962, 256 dat art. 15761 lid 2 BW (oud) niet in die zin moet worden geïnterpreteerd.

onder ontbindende voorwaarde volgt uit het goederenrechtelijk karakter van dit recht. Vergelijkbaars geldt voor de tegenwerpbaarheid van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde aan de eigenaar onder ontbindende voorwaarde, indien de koper dit recht heeft verkregen van een beschikkingsonbevoegde verkoper. De eigenaar onder ontbindende voorwaarde is niet gebonden aan de tussen verkoper en koper gesloten overeenkomst, maar moet (de gevolgen van) deze beschikking wel reeds voor vervulling van de voorwaarde tegen zich laten gelden.¹⁶⁹

8.4.2 Een recht zonder werking

Doordat aan het eigendomsrecht een opschortende voorwaarde is verbonden, is het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde een recht waaraan vooralsnog geen werking is verbonden.¹⁷⁰ De aan het recht verbonden voorwaarde belet dat tot de vervulling van de voorwaarde dat het eigendomsrecht werkt (vgl. art. 6:22 BW). Daarmee laat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zich typeren als een sluimerend recht, terwijl het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde het 'echte' eigendomsrecht is, waaraan in beginsel alle eigenaarsbevoegdheden zijn verbonden.¹⁷¹ Hieruit blijkt dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde in de eerste plaats een overbruggingsfiguur is, die ertoe strekt te waarborgen dat de koper door vervulling van de voorwaarde ook eigenaar wordt.

De kwalificatie als recht zonder werking moet evenwel niet worden overschat. Ondanks het feit dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde nog geen werking heeft, komen aan de eigenaar onder opschortende voorwaarde al wel bepaalde bevoegdheden toe.¹⁷² Dat aan een recht zonder werking reeds bepaalde bevoegdheden zijn verbonden oogt tegenstrijdig, maar laat zich verklaren door de *Vorwirkung* van de voorwaardelijke beschikking. Zoals hiervoor aan de orde kwam, is bij de totstandkoming van het huidige Burgerlijk Wetboek de constructie van de terugwerkende kracht verlaten en is daarvoor in de plaats

¹⁶⁹ Zie uitgebreid hierna in paragraaf 8.5.1.

¹⁷⁰ Verstijlen 2007, p. 826 en Rongen 2014, p. 313. Anders: Kok 2015, p. 689.

¹⁷¹ Rongen 2014, p. 305 en p. 313. Vgl. ook Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 568. Anders: N.E.D. Faber & S.C.J.J. Kortmann in punt 8 van hun noot onder HR 3 juni 2016, *JOR* 2016, 287 (*Rabobank/Reuser*), omdat aan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde al wel degelijk bevoegdheden zijn verbonden. Zo ook Schuijling 2017, p. 20. Dat betekent echter niet dat het eigendomsrecht al werking heeft. Het uitgangspunt is dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde geen werking heeft, zij het dat aan de eigenaar onder opschortende voorwaarde bepaalde bevoegdheden toekomen die ertoe strekken veilig te stellen dat het recht uiteindelijk werking zal verkrijgen. Vgl. ook Meijers 1948, p. 91, die opmerkt dat er bevoegdheden zijn verbonden aan een opschortend voorwaardelijk recht, zodat gesproken kan worden van een bestaand recht en dat daaraan niet afdoet dat bij een voorwaardelijk vorderingsrecht – vanwege de opgeschorte werking – nog geen verplichtingen bestaan van de schuldenaar. Dat is namelijk slechts 'een incongruentie, maar geen onoverkomelijk bezwaar.' Consequente doorvoering van de redenering van Faber en Kortmann zou tot gevolg hebben dat een verbintenis onder opschortende voorwaarde in weerwil van de tekst van art. 6:22 BW geen verbintenis zonder werking is, omdat aan de voorwaardelijk schuldeiser voor vervulling van de voorwaarde reeds bepaalde bevoegdheden toekomen. Dat is vanzelfsprekend niet het geval.

¹⁷² Anders: Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 561-562 die deze bevoegdheden niet baseert op het voorwaardelijk eigendomsrecht, maar op het wilsrecht van de koper. Ook volgens Scheltema 2003, p. 359 zijn aan het 'eigendomsverwachtingsrecht' nog geen bevoegdheden verbonden. Zo ook Verstijlen 2007, p. 827.

– in navolging van het Duitse recht – een constructie gekomen waarbij de opschortend voorwaardelijke rechtshandeling terstond tot stand komt en slechts de werking is uitgesteld, gecombineerd met een zekere *Vorwirkung*. Zoals gezegd, laten zich onder het begrip *Vorwirkung* de rechtsgevolgen samenvatten die *niet* door de opgeschorte werking van de rechtshandeling worden getroffen. De hamvraag is natuurlijk op welke wijze moet worden vastgesteld welke rechtsgevolgen wél worden getroffen door de opgeschorte werking en welke rechtsgevolgen daardoor niet zijn opgeschort en dus reeds ‘voorwerken’.

Zoals hiervoor aan de orde kwam, ligt het antwoord op die vraag besloten in de tweeledige doelstelling van de voorwaardelijke rechtshandeling: enerzijds beogen partijen dat de werking van de rechtshandeling niet intreedt voordat de voorwaarde in vervulling gaat, maar anderzijds willen partijen ook dat die werking zonder meer intreedt zodra de voorwaarde vervuld wordt. De direct intredende rechtsgevolgen strekken ertoe te waarborgen dat de vervulling van de voorwaarde ook daadwerkelijk tot het door partijen beoogde gevolg leidt. Partijen laten zich in de regel niet uit over de terstond intredende rechtsgevolgen, zodat de wet nadere regels geeft over de situatie gedurende de periode van onzekerheid. De wet en de parlementaire geschiedenis laten zich over deze voorwerkingen vrijwel uitsluitend uit met betrekking tot voorwaardelijke verbintenissen. Zo merkt Meijers ten aanzien van degene die onder opschortend voorwaarde gerechtigd is op, dat hij gedurende de periode van onzekerheid ‘ongetwijfeld zekere bevoegdheden’ heeft.¹⁷³ Elders in de Toelichting-Meijers valt te lezen dat een opschortend voorwaardelijke rechtshandeling eerst na vervulling van de voorwaarde haar volledig gevolg heeft en dat voordien ‘hoogstens conservatoire maatregelen’ mogelijk zijn.¹⁷⁴ Blijkens de toelichting bij artikel 6:26 BW kan de voorwaardelijk schuld-eiser voor vervulling van de voorwaarde alle middelen in het werk stellen die tot bewaring van zijn recht noodzakelijk zijn.¹⁷⁵ Tot slot kan degene die onder opschortende voorwaarde tot iets is gehouden blijkens artikel 3:296 lid 2 BW onder die voorwaarde worden veroordeeld. Ook die bepaling strekt ertoe het toekomstig belang van de belanghebbende bij vervulling van de voorwaarde reeds voor vervulling van de voorwaarde te waarborgen.

Waar het aankomt op voorwaardelijke beschikkingen is de wetgever zwijgzamer. Enkel artikel 3:84 lid 4 BW kan, zoals hiervoor is betoogd, worden begrepen als een wettelijke bepaling die op goederenrechtelijk vlak waarborgt dat de door partijen getroffen afspraak ook daadwerkelijk het gewenste resultaat kan hebben. De bevoegdheden die zijn verbonden aan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde liggen in het verlengde van de toekenning van

¹⁷³ T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 895.

¹⁷⁴ T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 185.

¹⁷⁵ T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 153.

het voorwaardelijk eigendomsrecht en hebben evenzeer de strekking de uiteindelijk eigendomsverkrijging te waarborgen.¹⁷⁶ De onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging wordt namelijk niet alleen bedreigd door tussenbeschikkingen door de vervreemder, maar mogelijk eveneens door derden. Terwijl bij een voorwaardelijke verbintenis logischerwijs alleen conservatoire maatregelen mogelijk zijn jegens de wederpartij, wordt het beoogde rechtsgevolg bij een voorwaardelijke beschikking – vanwege het goederenrechtelijke karakter – evenzeer bedreigd door derden. De hierna nog te behandelen bevoegdheden die aan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zijn verbonden, hebben alle een dergelijk conservatoir karakter, nu zij alle gericht zijn op het veilig stellen dat vervulling van de voorwaarde ook leidt tot het beoogde rechtsgevolg, namelijk de verkrijging van de onvoorwaardelijke eigendom.¹⁷⁷

Zoals hierna aan de orde komt, kan de koper ook terstond beschikken over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Uit de mogelijkheid om direct te beschikken over het eigendomsrecht kan evenmin worden afgeleid dat dit recht al wel degelijk werking heeft. De mogelijkheid om over een recht te beschikken is namelijk geen uit dat recht voortvloeiende speciale bevoegdheid, maar is simpelweg gevolg van het feit dat men rechthebbende is van een overdraagbaar recht.¹⁷⁸ Ook over rechten zonder werking kan derhalve worden beschikt, omdat de beschikkingsbevoegdheid niet berust op de werking van het recht zelf.

176 Vgl. MünchKomm-BGB/Westermann 1995, § 455 BGB, Rn. 47, die opmerkt dat de in de wet neergelegde *Vorwirkungen* 'auf Grund der (...) Analogieschlüsse ausgebaut werden müssen, soweit ein berechtigtes Bedürfnis am Schutz des künftigen Vollrechts besteht.' Anders: Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 561 en p. 581 die de voorwerkingen van een voorwaardelijke beschikking beperkt tot de splitsing van het eigendomsrecht en de bevoegdheden vóór vervulling van de voorwaarde baseert op de omstandigheid dat de koper de vervulling van de voorwaarde zelf in de hand heeft. Zoals in paragraaf 8.4.4 wordt betoogd, kunnen uit de omstandigheid dat de koper de eigendomsverkrijging zelf in de hand heeft echter geen rechtsgevolgen worden afgeleid.

177 De vraag kan nog gesteld worden of een gebruiksrecht tot de *Vorwirkungen* behoort die onderdeel uitmaken van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. Niet elke eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde gaat namelijk gepaard met feitelijke macht over de zaak (zie hierna in voetnoot 400), terwijl het voor de mogelijkheid om door vervulling van de voorwaarde eigenaar te worden niet noodzakelijk is om ook de zaak te kunnen gebruiken. Vgl. Stoll 1967, p. 16. Wel dient op andere gronden – dus niet gebaseerd op de *Vorwirkung* – te worden aangenomen dat het gebruiksrecht een goederenrechtelijk karakter heeft. Voor het geval dat de koper de zaak van een beschikkingsonbevoegde heeft verkregen volgt dit uit de strekking van de bescherming van art. 3:86 BW. Zie hierna in paragraaf 8.5.1. Voor het geval dat de koper zijn voorwaardelijk eigendomsrecht heeft overgedragen aan een ander strookt dit met de belangenafweging bij een koop met eigendomsvoorbehoud. Zie hierna in paragraaf 8.9.5. Hetzelfde dient dan vervolgens te gelden in het geval dat de verkoper de voorbehouden eigendom overdraagt. Zie hierna in hoofdstuk 9, paragraaf 9.6.

178 Vgl. treffend A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar: Böhlau 1878, p. 328: 'Ich vermag einen Stein eine Strecke weit zu werfen: aber Niemand wird sagen, dass mir der Stein erst die Kraft zum Werfen verlieh.' Zie ook stelling 4 behorende bij het proefschrift van De Jong 2006: 'Eigendom en beperkte rechten zijn de grondslag van de beschikkingsbevoegdheid in de zin van art. 3:84 lid 1 BW.' Vgl. voorts Meijers 1948, p. 85: 'De bevoegdheid om over de eigendom te beschikken is onderdeel van het eigendomsrecht.'

8.4.3 *Gemeenschappelijk toebehoren?*

Door sommige auteurs wordt opgemerkt dat de rechtsverhouding tussen de verkoper en de koper gedurende de periode van onzekerheid in wezen neerkomt op een vorm van mede-eigendom.¹⁷⁹ Van een zodanig gemeenschappelijk toebehoren kan naar mijn mening echter niet worden gesproken, omdat juist sprake is van een consecutieve gerechtigdheid. De gemeenschapsconstructie veronderstelt een gezamenlijk toebehoren van een goed aan deelgenoten. Een zodanige gezamenlijkheid is niet aanwezig wanneer, zoals bij het eigendomsvoorbehoud, sprake is van een opvolgende gerechtigdheid in tijd, waarbij de rechten van de betrokkenen juist spiegelbeeldig zijn vormgegeven en elkaar derhalve uitsluiten.¹⁸⁰ Ook de wetgever lijkt uitsluitend ruimte te zien voor een gemeenschapsconstructie wanneer de rechten van de betrokkenen gelijksoortig van aard zijn.¹⁸¹ Derhalve laat zich de rechtsverhouding tussen verkoper en koper bij een eigendomsvoorbehoud niet typeren als een gemeenschapsconstructie.¹⁸²

8.4.4 *Een wilsrecht?*

Zowel in de Nederlandse alsook in de Duitse en Oostenrijkse literatuur wordt de rechtspositie van de koper geregeld gekwalificeerd als een wilsrecht.¹⁸³ Van een wilsrecht pleegt men in het algemeen te spreken wanneer aan iemand de bevoegdheid toekomt om eenzijdig door een (wils)verklaring een verandering in een rechtsbetrekking tot stand te brengen. De rechtspositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud zou binnen deze definitie van wilsrechten passen, omdat de koper het eenzijdig in zijn macht heeft om door betaling (onvoorwaardelijk) eigenaar van de verkochte zaak te worden. Door Struycken is de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud vergeleken met de rechthebbende van een toe-eigeningsrecht, dat meestal wordt gekwalificeerd als een wilsrecht.¹⁸⁴

179 Klang/Bydlinksi 1978, § 1063 ABGB, p. 560, Jansen 2001, p. 291 en Kaptein 2014, p. 211, voetnoot 62. Soms wordt ook Nieuwenhuis 1980, p. 53-55 genoemd als protagonist van deze opvatting, maar hij laat zich veeleer uit in termen van splitsing dan van mede-eigendom, waar hij opmerkt dat een eigendomsvoorbehoud bewerkstelligt dat 'de in het eigendomsrecht verenigde bevoegdheden over vervreemder en verkrijger worden verdeeld.'

180 Zie o.m. E.C.M. Wolfert, *De kwaliteitsrekening* (diss. Amsterdam VU), [s.l.]: [s.n.] 2007, p. 26-27, Struycken 2007, p. 557 en p. 636-637, Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 98 en M.J.A. van Mourik & F.W.J.M. Schols, *Gemeenschap* (Mon. BW B9), Deventer: Kluwer 2015, nr. 1.8. In HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 m.nt. H.J. Snijders (*Koren q.q./Tekstra q.q.*) lijkt een dergelijke gemeenschap desalniettemin te worden aanvaard.

181 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 578.

182 Raiser 1961, p. 69-70.

183 Harrer 1969, p. 42, H. Koziol, 'Zu Fragen des Eigentumsvorbehaltes', *QuHGZ* 1970, p. 73, Klang/Bydlinksi 1978, § 1063 ABGB, p. 562-563, Koziol 1984, p. 32, Rummel/Spielbüchler 2000, §§357-360 ABGB, Rn. 9, Rummel & Lukas/Rummel 2014, § 897 ABGB, Rn. 6, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 68, Struycken 2007, p. 569, voetnoot 257 en W.J.M. van Andel & M.E. ten Brinke in punt 14 van hun noot onder Hof 's-Gravenhage 5 februari 2015, *JOR* 2015, 53. Ook in de Duitse literatuur wordt bij het *Anwartschaftsrecht* – al dan niet als verschijningsvorm van een *Erwerbsrecht* of *Gestaltungsrecht* – soms de nadruk gelegd op het feit dat de verkrijger de vervulling van de voorwaarde zelf teweeg kan brengen. Zie bijv. Von Tuhr 1910, p. 180, Blomeyer 1939, p. 169-170. Zie over de verhouding tussen *Anwartschaftsrecht* en *Gestaltungsrecht* uitgebreid Forkel 1962, p. 127-148.

184 Struycken 2007, p. 569, voetnoot 257.

Van een wilsrecht is naar mijn mening echter geen sprake. Kenmerkend aan een wilsrecht is namelijk dat aan een persoon geheel vrijblijvend de *keuze* toekomt een bepaald rechtsgevolg al dan niet teweeg te brengen. Zo is volgens Meijers de kern van het wilsrecht gelegen in het 'juridisch kunnen d.i. de bevoegdheid om door een wilsverklaring veranderingen in de rechtsbetrekkingen tot stand te brengen.'¹⁸⁵ De eigenaardigheid van een wilsrecht is derhalve gelegen in de omstandigheid dat aan de persoon aan wie het wilsrecht toekomt de vrijheid wordt gelaten om het recht al dan niet uit te oefenen. Van een dergelijke vrijblijvendheid is bij een koop onder eigendomsvoorbehoud echter geen sprake. Doordat dikwijls de nadruk wordt gelegd op het feit dat de koper eenzijdig is staat is om door voldoening van de verschuldigde prestatie de eigendomsverkrijging te bewerkstelligen, vergeet men welhaast dat de koper in de eerste plaats *verplicht* is de verschuldigde prestatie te voldoen.¹⁸⁶ Van een aan wilsrechten inherente vrijblijvendheid is derhalve in het geheel geen sprake. Weliswaar kan de koper besluiten om, in weerwil van diens contractuele verplichting, de verschuldigde prestatie niet te voldoen, maar dat doet geen afbreuk aan het feit dat hij daartoe wel verplicht is. Bovendien kan hij daardoor niet voorkomen dat de verkoper alsnog de nakoming verkrijgt, bijvoorbeeld doordat hij door executie nakoming afdwingt of doordat een derde – binnen de grenzen van artikel 6:30 BW – de verschuldigde prestatie voldoet. Ook in die gevallen groeit het voorwaardelijk eigendomsrecht van de koper uit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht, zodat deze eigendomsverkrijging niet kan worden teruggevoerd op een aan de koper toekomend wilsrecht.

Bovendien is niet bij elke overdracht onder opschortende voorwaarde sprake van een situatie waarin de verkrijger het zelf in de hand heeft om vervulling van de voorwaarde teweeg te brengen. De positie van de verkrijger is echter bij elk type overdracht onder opschortende voorwaarde, onverschillig of de verkrijger invloed kan uitoefenen op de vervulling van de voorwaarde, hetzelfde: hij heeft een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde; artikel 3:84 lid 4 BW onderscheidt niet al naar gelang het type voorwaarde dat aan de overdracht ten grondslag ligt.¹⁸⁷

8.4.5 Een causaal recht bij eigendomsvoorbehoud

Dat bij elke overdracht onder voorwaarde sprake is van een splitsing van het eigendomsrecht, zonder dat de inhoud van de voorwaarde daarvoor bepalend is, betekent niet dat de vormgeving van de voorwaarde in het geheel niet van belang is. Door middel van de vormgeving van de voorwaarde kan namelijk mede invloed worden uitgeoefend op het karakter en de modaliteiten van het voorwaardelijk

¹⁸⁵ Meijers 1948, p. 266. Zie ook G. W. Rupke, *Wilsrechten* (diss. Utrecht), Amsterdam: Kruyt 1914, p. 38, Suijling 1948, p. 103-104 en A.P. Timmermans, 'Wilsrechten', *AA* 1963-1964, p. 23.

¹⁸⁶ Vgl. Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB. Rn. 37 en Rn. 53.

¹⁸⁷ Ogenscheinlijk anders voor het Oostenrijkse recht Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 563-564 die slechts van een *Anwartschaftsrecht* lijkt te willen spreken wanneer de verwachter zelf in staat is de voorwaarde in vervulling te doen gaan. Vgl. echter Forkel 1962, p. 86-94 die terecht opmerkt dat (in ieder geval een aantal) rechtsgevolgen van een voorwaardelijke beschikking onafhankelijk van de wil van de verkrijger intreden.

eigendomsrecht.¹⁸⁸ Bij het eigendomsvoorbehoud leidt de vormgeving van de voorwaardelijke overdracht tot een bijzondere karaktertrek van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.¹⁸⁹ Zoals in hoofdstuk 2 is gebleken, schept het eigendomsvoorbehoud een verstrengeling van de wederzijdse verplichtingen uit de koopovereenkomst: de verkoper komt slechts diens verplichting tot eigendomsverschaffing na als de koper de verschuldigde prestatie voldoet, terwijl voldoening van de verschuldigde prestatie door de koper ook automatisch leidt tot nakoming van de verplichtingen van de verkoper. Deze verstrengeling van de verbintenisrechtelijke verplichtingen werkt door in het goederenrecht, doordat de overdracht afhankelijk wordt gesteld van de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie. Door de werking van artikel 3:84 lid 4 BW is ook het eigendomsrecht van de koper afhankelijk van dezelfde voorwaarde.

Het eigendomsvoorbehoud schept aldus een bijzondere verhouding van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde tot de koopovereenkomst.¹⁹⁰ Men zou in dat verband kunnen spreken van een *causaal* eigendomsrecht, doordat de aan de overdracht ten grondslag liggende overeenkomst in vergaande mate invloed uitoefent op het voortbestaan van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.¹⁹¹ Omdat de gevolgen van de overdracht via de voorwaarde onlosmakelijk zijn verbonden met het lot van de koopovereenkomst, strekt deze verhouding tussen de koopovereenkomst en de overdracht veel verder dan gewoonlijk op grond van het causale stelsel van overdracht het geval is.

Duidelijk wordt dit bij de ontbinding van de koopovereenkomst, die partijen bevrijdt van de daardoor getroffen verbintenissen (art. 6:271 BW). Omdat de koper door de ontbinding niet alleen niet meer verplicht is de koopprijs te voldoen, maar de koopprijs, bij gebreke van een daartoe strekkende verbintenis, ook niet meer *kán* voldoen, heeft de ontbinding verval van de voorwaarde tot gevolg.¹⁹² Vervulling van de voorwaarde – betaling van de verschuldigde tegenprestatie – is door de ontbinding immers niet meer mogelijk. Als gevolg van het vervallen van de voorwaarde vervalt ook – en daar is het hier om te doen – het voorwaardelijk eigendomsrecht van de koper.¹⁹³ De ontbinding van de koopovereenkomst

188 Scheltema 2003, p. 301 lijkt dit als een bezwaar te zien van het huidige stelsel, omdat hierdoor ‘het nieuwe goederenrecht een nog sterkere verbintenisrechtelijke flexibiliteit verkrijgt.’ Voor een stelsel met terugwerkende kracht – zoals door hem bepleit – geldt echter niets anders, zij het dat het probleem op fictionele wijze wordt weggepoetst.

189 Vgl. Raiser 1961, p. 44: ‘Sie ergibt sich beim Vorbehaltskauf aus dem Inhalt der Bedingung.’

190 Zie Serick 1963, p. 53, Serick 1966, p. 129-133, Wiegand 1990, p. 129, Soergel/Mühl 1991, § 455 BGB, Rn. 1 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 19. Zie uit de rechtspraak BGH 24 oktober 1979, *NJW* 1980, 175.

191 Vanwege de relatie tussen de voorwaarde en de koopovereenkomst is, anders dan Rank-Berenschot 1992, p. 229 meent, wel degelijke sprake van een ‘eigendomsrecht met obligatoire aspecten’.

192 Ogenscheinlijk anders: Scheltema 2017, p. 102 die ruimte lijkt te zien voor betaling na ontbinding, maar uiteindelijk toch een stilzwijgende afspraak lijkt aan te nemen dat de betaling voor ontbinding dient plaats te vinden. Daarbij gaat hij eraan voorbij dat betaling na ontbinding niet meer mogelijk is, omdat er dan geen rechtsgrond meer bestaat voor de betaling.

193 Raiser 1961, p. 62-63, Serick 1963, p. 247, Gernhuber 1981, p. 35-36, Larenz 1986, p. 115, Baur/Baur & Stürner 2009, p. 828 en p. 837, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 364, , Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 85, MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 40, MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 19, Rongen 2017, p. 225 en Schuijling 2017, p. 25. Vgl. Stolz 2015, p. 911. Zie voor Oostenrijk Frotz 1970, p. 73, Klang/Bydliński 1978, § 1063 ABGB, p. 589 en Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 72.

heeft, anders dan gewoonlijk het geval heeft, daarmee goederenrechtelijke gevolgen, doordat de ontbinding bewerkstelligt dat het voorwaardelijk eigendomsrecht 'zusammenbricht'.¹⁹⁴ Terwijl normaal gesproken in het causale stelsel van overdracht (het bestaan van) de koopovereenkomst slechts gevolgen heeft voor het tot stand komen van de overdracht, bewerkstelligt de lotsverbondenheid tussen koopovereenkomst en voorwaarde bij het eigendomsvoorbehoud dat ook het voortbestaan van de gevolgen van de overdracht, namelijk het voortbestaan van het voorwaardelijk eigendomsrecht, afhankelijk is van het voortbestaan van de koopovereenkomst. Dit alles is het gevolg van het feit dat de voorwaarde bij een eigendomsvoorbehoud bestaat uit de (mogelijkheid van) voldoening van de contractuele verplichting.¹⁹⁵

Ondanks het goederenrechtelijk karakter van het voorwaardelijk eigendomsrecht van de koper, wordt dit recht derhalve gekenmerkt door een verbintenissenrechtelijke zwakte, die goederenrechtelijke rechten normaal gesproken vreemd is. Wanneer normaliter namelijk eenmaal de overeenkomst die tot overdracht verplicht tot stand is gekomen en aan die verplichting uitvoering wordt gegeven, is de rol van de overeenkomst vervolgens immers uitgespeeld. Slechts door middel van een fictie inhoudende dat de overeenkomst geacht wordt nooit tot stand te zijn gekomen (art. 3:53 BW) wordt aan die consequentie ontkomen.

Het belang van deze kwalificatie van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde als causaal recht kan welhaast niet worden overschat. Het is geenszins enkel een dogmatische kwalificatie, omdat dit causale karakter in vele opzichten nader gestalte geeft aan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Aangezien ontbinding van de koopovereenkomst verval van het voorwaardelijk eigendomsrecht tot gevolg heeft, hebben tussen verkoper en koper getroffen afspraken direct hun uitwerking op het voortbestaan van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Is tussen verkoper en koper bijvoorbeeld overeengekomen dat de koper zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde niet mag vervreemden, dan heeft een zodanige afspraak weliswaar als zodanig geen goederenrechtelijke werking (art. 3:83 lid 1 BW), maar niet-nakoming van die verplichting leidt wel tot een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst, op grond waarvan de verkoper in beginsel tot ontbinding kan overgaan.¹⁹⁶ Door de ontbinding vervalt het voorwaardelijk eigendomsrecht, ook als dat recht inmiddels aan een derde toebehoort.¹⁹⁷ Het causale karakter van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft daarmee tot gevolg dat derden – op goederenrechtelijk niveau – geconfronteerd kunnen worden met de verbintenissenrechtelijke afspraken tussen verkoper en koper. Die constatering is vooral van belang in de situatie dat de koper zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft overgedragen aan een derde.¹⁹⁸

194 Serick 1966, p. 131.

195 Flume 1962, p. 388, Serick 1966, p. 130, Schwerdtner 1980, p. 663 en Harke 2006, p. 388.

196 Zie voor de verhouding van een dergelijke afspraak tot art. 3:83 lid 1 BW hierna in paragraaf 8.9.1.

197 Raiser 1961, p. 31.

198 Vgl. Klang/Bydinski 1978, § 1063 ABGB, p. 589.

De hierboven geschetste afhankelijkheid tussen koopovereenkomst en het voorwaardelijk eigendomsrecht vertoont een zekere gelijkenis met de afhankelijkheid die bestaat tussen het pandrecht en de door het pandrecht gezeekerde vordering. Zij doet het voorwaardelijk eigendomsrecht bovendien enigszins lijken op een vorderingsrecht, waarvoor immers ook geldt dat ontbinding van de koopovereenkomst die de vordering in het leven heeft geroepen, bewerkstelligt dat de vordering tenietgaat. Toch verschilt de afhankelijkheid bij het voorwaardelijk eigendomsrecht van de afhankelijkheid van het pandrecht van de gezeekerde vordering en de afhankelijkheid van een vordering van de aan de vordering ten grondslag liggende overeenkomst.¹⁹⁹ Dat geldt niet alleen voor de theoretische oorsprong van de afhankelijkheid, maar ook voor de praktische consequenties. De afhankelijkheid heeft alleen consequenties voor het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde indien het verval van de verplichting tot betaling van de koopprijs leidt tot verval van de voorwaarde. Gaat de verplichting tot betaling van de verschuldigde prestatie namelijk teniet doordat de koper de verschuldigde prestatie voldoet, dan gaat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde vanzelfsprekend niet teniet, maar gaat veeleer door de vervulling van de voorwaarde ook het voorwaardelijk eigendomsrecht ‘in vervulling’, doordat het uitgroeit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht en derhalve volledige werking verkrijgt. Omdat het recht op dat moment zijn voorwaardelijke karakter verliest, gaat ook de causale afhankelijkheidsrelatie verloren.

Naar Duits recht wordt door sommigen wel betoogd dat de *Kausalabhängigkeit* van het *Anwartschaftsrecht* in de weg zou staan aan de kwalificatie van het *Anwartschaftsrecht* als goederenrechtelijk recht, omdat goederenrechtelijke rechten naar Duits recht, vanwege het *Abstraktionsprinzip*, normaal gesproken *abstrakt* zijn vormgegeven, in die zin dat de rechten geen invloed ondervinden van het (voort)bestaan van de tot overdracht verplichtende overeenkomst.²⁰⁰ Bij het eigendomsvoorbehoud worden de gevolgen van de overdracht daarentegen mede bepaald door het voortbestaan van de tot overdracht verplichtende overeenkomst, omdat de aan de goederenrechtelijke overeenkomst verbonden voorwaarde en de mogelijkheid van vervulling van die voorwaarde afhankelijk is van het voortbestaan van de koopovereenkomst. Het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud bewerkstelligt daarmee een doorbreking van het *Abstraktionsprinzip*. Dat het *Anwartschaftsrecht* om die reden echter geen goederenrechtelijk zou kunnen zijn, overtuigt – ook voor het Duitse recht – niet.²⁰¹ Het feit dat

199 Raiser 1961, p. 63, Serick 1963, p. 247 en p. 250, Serick 1966, p. 131 en Gernhuber 1981, p. 34-35. Vgl. ook Scheltema 2003, p. 365. Zie uitgebreid over het verschil tussen causaliteit en afhankelijkheid Stadler 1996, p. 18-20 en p. 100-101, die opmerkt dat afhankelijkheid een relatie beschrijft tussen een hoofdrecht en een daarvan afhankelijk recht, terwijl causaliteit een relatie aangeeft tussen het recht en de aan de schepping of overdracht van dat recht ten grondslag liggende *causa*. Zo is een pandrecht afhankelijk van het bestaan van de vordering waarvoor het pandrecht tot zekerheid strekt. Deze vordering is echter niet de *causa* van het pandrecht; dat is immers de titel die tot verpanding verplichtte.

200 Zo met name Serick 1963, p. 246-247 en Serick 1966, p. 129-120 die om die reden spreekt van een ‘schuldrechtlich-dingliches Recht’.

201 Weitmauer 1965, p. 141, Stoll 1966, p. 241-242, Koziol 1968, p. 498-499, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 565 en Stadler 1996, p. 101. Zie ook de repliek van Serick 1966, p. 131.

het voortbestaan of toebehoren van een recht wordt beïnvloed door het wegval-
len van de overeenkomst die heeft geleid tot het vestigen of overdragen van het
desbetreffende recht, maakt niet dat niet meer van een goederenrechtelijk recht
kan worden gesproken, zoals het Nederlandse causale stelsel van overdracht
aantoont. Dat geldt evenzeer voor een abstract stelsel voor overdracht. Wanneer
partijen naar Duits recht namelijk de rechtsgelijkheid van de tot overdracht ver-
plichtende overeenkomst als voorwaarde verbinden aan de goederenrechtelijke
overeenkomst – hetgeen mogelijk is – wordt de abstracte overdracht causaal.²⁰²
Indien de tot overdracht verplichtende overeenkomst rechtsgeldig is, leidt de over-
dracht tot eigendomsovergang. Niet goed laat zich volhouden dat dit eigendoms-
recht geen goederenrechtelijk recht meer zou zijn, omdat de rechtsgeldigheid van
de tot overdracht verplichtende koopovereenkomst als voorwaarde voor de
overdracht is gesteld door partijen.

In de recente Duitse literatuur is door een aantal auteurs betoogd dat het
Anwartschaftsrecht vanwege het *Abstraktionsprinzip* in het geheel niet causaal
zou zijn.²⁰³ Een zodanige abstracte vormgeving van het eigendomsrecht onder
opschortende voorwaarde of het Duitse *Anwartschaftsrecht* is echter gedoemd te
mislukken, omdat dit causale element noodzakelijkerwijs besloten ligt in het
eigendomsvoorbehoud. Kenmerkend aan het eigendomsvoorbehoud is namelijk
een koppeling van de werking van de overdracht aan de voldoening van de uit de
overeenkomst voortvloeiende tegenprestatie. De functie van het eigendomsvoorbe-
houd is gelegen in het feit dat de verkoper bij ontbinding van de koopovereen-
komst op goederenrechtelijke wijze het object van zijn eigen prestatieplicht kan
terugvorderen. Wanneer men bij een abstracte vormgeving van het *Anwartschafts-
recht* of eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde recht wil blijven doen
aan deze functie, is men uiteindelijk genoodzaakt alsnog aan te nemen dat der-
den geconfronteerd kunnen worden met de uitoefening van het eigendomsvoorbe-
houd, die leidt tot tenietgaan van het *Anwartschaftsrecht*.²⁰⁴ Als men de abstracte

202 Zie met verdere verwijzingen Staudinger/Wiegand 2017, § 929 BGB, Rn. 31 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 38.

203 Marotzke 1986, p. 510-512, Minthe 1998, p. 53-71, Rinke 1998, p. 116-140, HKK-BGB/Finkenauer 2003, §§ 158-163 BGB, Rn. 31, Wieling 2006, p. 797-798 en Bülow 2012, p. 250. Van belang is op te merken dat deze discussie naar Duits recht, juist vanwege het abstracte stelsel van eigendomsoverdracht verder strekt dan hetgeen hier voor het Nederlandse recht over het causale eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is betoogd. Zo betekent een *kausalunabhängige* vormgeving van het *Anwartschaftsrecht* naar Duits recht onder andere ook dat een eigendomsvoorbehoud tot stand kan komen wanneer de koopovereenkomst nietig is. Dat lijkt een merkwaardige constatering, omdat er bij gebreke van een geldige koopovereenkomst ook geen verschuldigde tegenprestatie is, die de koper zou kunnen voldoen om de voorwaarde in vervulling te doen gaan. Er is derhalve sprake van een onmogelijke voorwaarde. Door de heersende leer wordt deze mogelijkheid dan ook verworpen: voor de totstandkoming van een voorwaardelijke overdracht bij een eigendomsvoorbehoud is een geldige koopovereenkomst vereist. Zie hiervoor in voetnoot 190 en 193. Een ander deel van de literatuur neemt daarentegen aan dat in een dergelijk geval wel degelijk een overdracht onder eigendomsvoorbehoud tot stand komt, omdat de voorwaarde niet zou inhouden dat sprake is van een *geldige* koopprijsvordering. In deze visie leidt betaling van simpelweg een bedrag dat in omvang correspondeert met de (weliswaar nietig) overeengekomen koopprijs, ondanks de nietigheid van de koopovereenkomst, tot eigendomsovergang. Zie bijv. Bülow 2012, p. 250 en (genuanceerd) Flume 1962, p. 388 en Wilhelm 2010, p. 909, voetnoot 3552. Zie voor dit alles uitgebreid Stadler 1996, p. 290-300. Aan deze problematiek zal hierna nog enige aandacht worden besteed bij de vraag naar derdenbescherming bij de overdracht van voorwaardelijke eigendom. Zie hierna in paragraaf 8.9.4.

204 Zo bijv. Marotzke 1986, p. 512 en Rinke 1998, p. 170 volgens wie de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud leidt tot herroeping van de *dingliche Einigung*, als gevolg waarvan het *Anwartschaftsrecht* alsnog tenietgaat.

vormgeving van het *Anwartschaftsrecht* daarentegen tot in de uiterste consequentie zou doorvoeren, wordt de functie van het eigendomsvoorbehoud geweld aangedaan, omdat de verkoper niet op goederenrechtelijke wijze zou kunnen bewerkstelligen dat hij weer onvoorwaardelijk eigenaar wordt, nu hij het *Anwartschaftsrecht* niet ten val zou kunnen brengen.²⁰⁵

8.5 Verhouding tot het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde

Zoals hiervoor is betoogd, zijn ondanks het uitgangspunt dat in beginsel alle eigenaarsbevoegdheden zijn verbonden aan het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde nog geen werking heeft, aan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde wel degelijk enkele bevoegdheden verbonden. Omdat deze bevoegdheden hun grondslag hebben in de voorwerking van de beschikking, kan ook niet worden gezegd dat het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde per definitie het 'sterkere' eigendomsrecht is, in die zin dat conflicten met het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde altijd ten gunste van het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde uitvallen.²⁰⁶

Dit alles wordt inzichtelijk door te onderzoeken hoe het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde zich verhoudt tot het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde gedurende de periode van onzekerheid. Dit wordt hierna geïllustreerd aan de hand van een aantal veelvoorkomende situaties waarin de beide eigendomsrechten ogenschijnlijk met elkaar botsen. Het gaat daarbij in het bijzonder om de verhouding tussen de beide eigendomsrechten, indien de verkoper niet (onbezwaard) eigenaar onder ontbindende voorwaarde is van de verkochte zaak, en de vraag aan wie surrogaten die voortspruiten uit de verkochte zaak gedurende de periode van onzekerheid toekomen.

8.5.1 Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid

De eerste confrontatie tussen het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde treedt op indien de verkoper die de zaak onder opschortende voorwaarde overdraagt aan de koper, niet de eigenaar is van de verkochte zaak. Het is dan de vraag op welke wijze de koper beschermd wordt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper en in hoeverre hij zich kan verweren tegen een revindicatie van de eigenaar (onder ontbindende voorwaarde) gedurende de periode van onzekerheid.

²⁰⁵ Zo bijv. Wieling 2006, p. 813 die opmerkt dat de verkoper het *Anwartschaftsrecht* niet meer ten val kan brengen, indien de koper het recht reeds heeft overgedragen aan een derde, hetgeen volgens hem overeenstemt met de wettelijke regeling: 'Wer eine Sache veräußert und vom Kauf zurücktritt, hat die Sache endgültig verloren, wenn der Käufer sie vor dem Rücktritt weiterveräußert hatte.' Daarbij miskent Wieling het voorwaardelijk karakter van het *Anwartschaftsrecht*, de omstandigheid dat de koper niet de zaak, maar het *Anwartschaftsrecht* heeft vervreemd en dat het eigendomsvoorbehoud juist leidt tot een versteviging van de positie van de verkoper bij ontbinding.

²⁰⁶ Anders: Serick 1963, p. 246 en p. 275-276.

Voor beantwoording van deze vraag is beslissend op welke wijze artikel 3:86 BW moet worden toegepast bij een voorwaardelijke overdracht. Duidelijk is in ieder geval dát artikel 3:86 BW van toepassing is in geval van een overdracht onder opschortende voorwaarde, nu in lid 1 uitdrukkelijk wordt uitgegaan van de toepasselijkheid van de bepaling in geval van een overdracht overeenkomstig artikel 3:91 BW. Ook indien derhalve door een beschikkingsonbevoegde een zaak wordt overgedragen onder opschortende voorwaarde is de overdracht geldig, indien voldaan is aan de vereisten van artikel 3:86 BW, in het bijzonder de goede trouw van de koper.²⁰⁷ Uit de geldigheid van de overdracht onder opschortende voorwaarde door een beschikkingsonbevoegde kan bovendien worden afgeleid dat de goede trouw van de koper wordt gefixeerd op het moment van de leveringshandeling van artikel 3:91 BW.²⁰⁸ Indien op dat moment namelijk voldaan is aan de vereisten van artikel 3:86 BW, komt direct een (geldige) overdracht tot stand, waaraan de rechtsgevolgen van een voorwaardelijke overdracht zijn verbonden. Dit sluit bovendien aan bij de algemeen gehuldigde opvatting in de literatuur dat de goede trouw van de verkrijger moet worden beoordeeld op het moment van de levering.²⁰⁹ Ook naar Duits en Oostenrijks recht vindt de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid bij een voorwaardelijke overdracht net zozeer plaats als bij een gewone overdracht. Dat wordt onder meer afgeleid uit het feit dat op het moment van het sluiten van de voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst en het voltooien van de leveringshandeling de overdracht als zodanig reeds tot stand komt en slechts de werking ervan is opgeschort.²¹⁰

Uit het voorgaande volgt dat de koper, wanneer hij te goeder trouw is op het moment van de machtsverschaffing, ondanks beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper eigenaar wordt van de zaak, wanneer hij de verschuldigde prestatie voldoet en aldus de voorwaarde in vervulling gaat. Minder duidelijk is wat zijn positie is tot dat moment. Vanwege de opgeschorte werking van de overdracht rijst de vraag hoe de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid gestalte krijgt gedurende de periode van onzekerheid. Twee oplossingen zijn daarbij voorstelbaar. In de eerste plaats is denkbaar dat de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid zich beperkt tot het feit dat de koper door voldoening van de verschuldigde

207 Mezas 1985, p. 42, Nieskens-Isphording 1988, p. 297-299, Van Hees 1997, p. 47, Faber 1997, p. 209-210, Reehuis 1998, p. 41-42, Van Swaaij 2000, p. 154, Scheltema 2003, p. 366, Peter 2007, p. 141, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 694, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 370, Reehuis 2013, nr. 60 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 530. Zie ook M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 389 en M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1238. Anders: Nieskens-Isphording 1997, p. 111 (die kennelijk is teruggekomen op haar eerdere standpunt), waartegen terecht Scheltema 2003, p. 342.

208 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1238, Faber 1997, p. 210, Reehuis 1998, p. 41-42, Snijders 2006, p. 226, Peter 2007, p. 141-142, Faber 2007, p. 49, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 489, Verheul 2014c, p. 423, Stolz 2015, p. 912, Nieuwesteeg 2015, p. 168 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 528 en nr. 530.

209 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 373 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 155. Reeds de tekst van art. 3:86 lid 2 BW wijst in die richting, waar het tijdstip van het kennen noch behoren te kennen van de verkrijger lijkt te worden gerelateerd aan het tijdstip van de leveringshandeling.

210 Zie voor Oostenrijk Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 571, Rummel/Spielbüchler 2000, §§357-360 ABGB, Rn. 9, Klang/Leupold 2011, § 358 ABGB, Rn. 54 en Klang/Leupold 2011, § 367 ABGB, Rn. 15 en uit de rechtspraak bijv. OGH 11 oktober 2012, zaaknr. 2Ob188/11b. Zie voor Duitsland Raiser 1961, p. 36-37, Serick 1963, p. 267-268, Stoll 1967, p. 14, Wiegand 1974, p. 211, Brox 1984, p. 661, Flume 1992, p. 690, Wieling 2006, p. 382, Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 846, Wilhelm 2010, p. 910, Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 74, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 88, Staudinger/Wiegand 2017, § 932 BGB, Rn. 93 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 932 BGB, Rn. 37.

tegenprestatie eigenaar wordt. In die richting lijken Bartels en Van Mierlo te denken waar zij opmerken dat de derde te goeder trouw door voldoening van de verschuldigde prestatie werking kan verlenen aan de reeds verrichte levering, als gevolg waarvan hij vanaf dat moment een beroep kan doen op artikel 3:86 BW.²¹¹ Daaruit lijkt te moeten worden afgeleid dat de koper volgens hen voor dat moment nog geen bescherming geniet. Dit zou betekenen dat de eigenaar de zaak tot dat moment van de koper kan opvorderen en dat de koper de zaak pas weer kan terugvorderen op het moment dat hij door vervulling van de voorwaarde eigenaar is geworden. Ten tweede laat zich echter ook voorstellen dat de bescherming van de koper zijn schaduw achteruitwerpt, in die zin dat hij zich ook reeds gedurende de periode van onzekerheid tegen opvordering van de zaak door de eigenaar (onder ontbindende voorwaarde) kan verweren met een beroep op zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.

Uit de samenspel van de artikelen 3:84 lid 1, 3:86, 3:91 en 3:84 lid 4 BW volgt in ieder geval dat de koper als gevolg van de overdracht onder opschortende voorwaarde ook in geval van beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder direct een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt, dat wordt afgesplitst van het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde, dat nog altijd aan de eigenaar van de zaak toekomt.²¹² Het komt vervolgens aan op de vraag welke van beide eigendomsrechten gedurende de periode van onzekerheid aan het langste eind trekt: het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van degene over wiens zaak door een onbevoegde is beschikt of het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van degene die onkundig is van het gebrek aan beschikkingsbevoegdheid van de koper.

In de Duitse literatuur pleegt men deze vraag dikwijls te beantwoorden met een beroep op het goederenrechtelijk karakter van het *Anwartschaftsrecht*. Omdat het *Anwartschaftsrecht* van de koper goederenrechtelijk karakter heeft, moet diens recht ook wel tegenwerpbaar zijn aan de eigenaar, over wiens recht de verkoper voorwaardelijk heeft beschikt.²¹³ De gedachte is daarbij dat het recht geen goederenrechtelijk karakter kan hebben, indien het niet tegenwerpbaar is aan elke derde, waaronder de eigenaar. Volgens deze auteurs kan de koper zich tegen de opvordering door de eigenaar verweren met een beroep op zijn goederenrechtelijke *Anwartschaftsrecht*. Terecht wordt door andere schrijvers opgemerkt dat hier sprake is van een cirkelredenring: of het *Anwartschaftsrecht* goederenrechtelijk karakter heeft is immers (mede) afhankelijk van de vraag of de koper zijn recht

211 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 413. Vgl. ook Stolz 2015, p. 1074 die opmerkt dat de bescherming is zeker gesteld, maar de gevolgen daarvan pas intreden met vervulling van de voorwaarde.

212 Zie ook Mezas 1985, p. 42-43 en Scheltema 2003, p. 366. Vgl. ook M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1238 waar de positie van de verkrijger te goeder trouw gedurende de periode van onzekerheid wordt getypeerd als een recht met een voorwaardelijk karakter. Zie ook Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 286.

213 Bauknecht 1955, p. 1252, Raiser 1961, p. 37, Schwerdtner 1980, p. 664, Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 79, Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 70 en Bamberger & Roth/Kindl 2016, § 929 BGB, Rn. 75. Zie voor Oostenrijk (gebaseerd op een vergelijking van de positie van de koper met een vruchtgebruiker) Rummel/Spielbüchler 2000, §§357-360 ABGB, Rn. 9. Anders: Serick 1963, p. 272 volgens wie uit het *Anwartschaftsrecht* wel een tegenover een ieder werkend *Recht zum Besitz* voortvloeit, zij het uitsluitend niet jegens de eigenaar van de zaak. Terecht merkt Staudinger/Gursky 2012, § 986 BGB, Rn. 13 op dat dit een ongerijmde tussenvorm is.

kan tegenwerpen aan derden die buiten de contractuele relatie tussen verkoper en koper staan.²¹⁴ Voor het voorwaardelijk eigendomsrecht van de koper naar Nederlands recht geldt hetzelfde. De vraag naar de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid in geval van beschikkingsonbevoegdheid is daarmee juist een belangrijke toetssteen en indicatie voor het al dan niet goederenrechtelijk karakter van het voorwaardelijk eigendomsrecht van de koper.

Naar mijn mening komt in dit verband beslissende betekenis toe aan de ratio en functie van artikel 3:86 BW binnen het stelsel van overdracht.²¹⁵ Het artikel vormt een uitzondering op de eis van beschikkingsbevoegdheid die artikel 3:84 BW stelt. Indien voldaan is aan de vereisten van artikel 3:86 BW, is derhalve ondanks de beschikkingsonbevoegdheid toch sprake van een overdracht overeenkomstig artikel 3:84 BW. Daarmee verleent artikel 3:86 BW aan de verkrijger te goeder trouw de positie die hij zou hebben als hij van een beschikkingsbevoegde zou hebben verkregen, vanwege diens onbekendheid met de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Gewoonlijk betekent dit dat de verkrijger eigenaar wordt. De strekking van de bepaling is dan ook dat de verkrijger wordt behandeld alsof hij van een beschikkingsbevoegde heeft verkregen. Met andere woorden: artikel 3:86 BW verleent aan een overdracht door een beschikkingsonbevoegde dezelfde werking als die aan de overdracht zou toekomen, indien de vervreemder wel beschikkingsbevoegd zou zijn geweest. Hieruit moet mijns inziens worden afgeleid dat de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud dezelfde is als zijn positie zou zijn in geval van een overdracht onder opschortende voorwaarde door een beschikkingsbevoegde.²¹⁶ In een dergelijk geval zou de verkrijger als gevolg van de machtsverschaffing op de voet van artikel 3:91 BW de macht over de zaak hebben en zou de verkoper de zaak niet van hem kunnen opvorderen, tenzij hij het voorwaardelijk eigendomsrecht van de koper ten val brengt. Deze positie komt de koper derhalve ook toe in geval van beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper, indien hij voldoet aan de vereisten van artikel 3:86 BW. Wanneer de daadwerkelijke eigenaar (onder ontbindende voorwaarde) de zaak derhalve van de koper opvordert gedurende de periode van onzekerheid, kan de koper de revindicatie afweren met een beroep op zijn voorwaardelijk eigendomsrecht, dat op dit punt dus een sterker recht is dan het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde.²¹⁷ Dat strookt met de visie van de wetgever, die in de parlementaire geschiedenis opmerkt dat de koper ‘bij onbevoegde vervreemding op gelijke wijze tegen aanspraken van de gedeposseerde beschermd [wordt] als

214 Flume 1962, p. 391 en Stoll 1967, p. 15.

215 Vgl. voor deze benadering Flume 1962, p. 392-393, Stoll 1967, p. 17, Lempenau 1968, p. 36, Wilhelm 2010, p. 910-911 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 44. Zie ook Diederichsen 1965, p. 128-129 en Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 366.

216 Faber 1997, p. 210 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 530. Vgl. ook Raiser 1961, p. 38 en Georgiades 1963, p. 130. Anders: Gudian 1967, p. 1789.

217 Reehuis 2013, nr. 60 en Verheul 2014c, p. 424. In die richting ook Mezas 1985, p. 42-43. Anders voor het Oostenrijkse recht Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 571, vanwege het feit dat het *Anwartschaftsrecht* geen goederenrechtelijk karakter zou hebben.

wanneer de overdracht aan hem aanstonds onvoorwaardelijk had plaatsgevonden, althans indien de voorwaarde nog vervuld kan worden of intussen vervuld is.²¹⁸ Hieruit blijkt dat de wetgever aan het recht van de koper om de zaak onder zich te hebben een zeker goederenrechtelijk karakter heeft toegekend.²¹⁹

Daarbij komt dat het tamelijk zinledig zou zijn wanneer de eigenaar onder ontbindende voorwaarde de zaak hangende de voorwaarde weliswaar zou kunnen opvorderen van de koper, maar vervolgens gehouden zou zijn de zaak weer terug te geven, wanneer de koper de verschuldigde prestatie – nota bene aan de verkoper! – voldoet en de voorwaarde in vervulling doet gaan, waardoor hij onvoorwaardelijk eigenaar wordt.²²⁰ Het is met name deze overweging geweest waarop het BGH de onmogelijkheid van opvordering door de eigenaar heeft gebaseerd.

Een koper had een auto gekocht onder eigendomsvoorbehoud voor 7418 D-Mark. Op het moment dat hij 4620,71 D-Mark had betaald, werd de auto opgevorderd door de eigenaar, aan wie de verkoper de auto reeds eerder tot zekerheid had overgedragen. De vraag reeds of de zekerheids-eigenaar de zaak kon opvorderen van de koper. De koper beweerde dat hij de koopprijs allang zou hebben betaald, wanneer hij niet zou zijn betrokken in deze procedure. Daaruit leidde het BGH af dat de koper ‘unverzüglich nach Entscheidung des vorl. Rechtsstreits den noch ausstehenden Teil des Kaufpreises begleichen wird.’

Het BGH verleende de koper, die binnen afzienbare tijd de volledige koopprijs zou voldoen, een *exceptio doli* tegen de opvorderingsactie van de eigenaar, omdat opvordering door de eigenaar zou indruisen tegen de *Treu und Glauben*.²²¹ Verkieslijker acht ik de hierboven op de ratio van artikel 3:86 BW gebaseerde redenering, nu in de benadering van het BGH onduidelijk is in hoeverre hier van beslissende betekenis was dat de koper de verschuldigde prestatie binnen afzienbare tijd zou verrichten.²²²

Op grond van het voorgaande heeft de koper derhalve het recht om de zaak gedurende de periode van onzekerheid onder zich te hebben. In aanvulling daarop heeft hij ook het recht om de verkochte zaak te gebruiken. Uit het samenspel van de artikelen 3:120, 3:121 en 3:124 BW volgt namelijk dat de koper te goeder trouw niet gehouden is de eigenaar te compenseren op het moment dat de koper (definitief) niet in staat blijkt de verschuldigde tegenprestatie te voldoen en de eigenaar overgaat tot opvordering van de zaak. De consequentie daarvan is dat de koper niet aansprakelijk is voor een waardedaling van de zaak, die het gevolg is van het gebruik van de zaak gedurende de periode van onzekerheid.

218 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 389-390.

219 Zie daarover hierna in paragraaf 8.9.5.

220 Zo echter Serick 1963, p. 272, Gudian 1967, p. 1789, Larenz 1986, p. 119-120, Soergel/Stadler 2006, § 986 BGB, Rn. 3, Staudinger/Gursky 2012, § 986 BGB, Rn. 13 en MünchKomm-BGB/Baldus 2017, § 986 BGB, Rn. 13.

221 BGH 21 mei 1953, *NJW* 1953, 1099.

222 Vgl. Bauknecht 1955, p. 1253.

8.5.2 *Beperkte rechten die rusten op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde*

Een bijzonder geval van de in de vorige subparagraaf besproken problematiek doet zich voor indien op de verkochte zaak een beperkt recht rust, dat de koper kent noch behoort te kennen. De bijzonderheid van dit geval is gelegen in het feit dat artikel 3:86 lid 2 BW uitdrukkelijk bepaalt dat een op de zaak rustend beperkt recht in het geval van overdracht overeenkomstig artikel 3:91 BW vervalt onder dezelfde opschortende voorwaarde als waaronder geleverd is. De problematiek zal hier worden behandeld toegespitst op de situatie dat op de verkochte zaak een pandrecht rust. Uit lid 2 van artikel 3:86 BW lijkt te moeten worden afgeleid dat het pandrecht pas vervalt op het moment van vervulling van de voorwaarde. De pandhouder kan diens gevolg gedurende de periode van onzekerheid nog altijd overgaan tot executie, indien hij daartoe in de verhouding tot de pandgever bevoegd is. Ook dan rijst de vraag of de pandhouder de zaak van de koper kan opvorderen.

Het antwoord op die vraag moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord gelet op hetgeen in de vorige subparagraaf met betrekking tot de werking van artikel 3:86 BW bij een voorwaardelijke overdracht is opgemerkt. Uit het feit dat de koper onder eigendomsvoorbehoud in die zin wordt beschermd dat hem de rechtspositie wordt verleend die hij zou hebben als hij van een beschikkingsbevoegde zou hebben verkregen, volgt dat hij zijn voorwaardelijk eigendomsrecht reeds voor vervulling van de voorwaarde kan tegenwerpen aan degene wiens recht tenietgaat door derdenbescherming op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.²²³ Dat geldt ook voor op de verkochte zaak rustende beperkte rechten. Als de koper zijn voorwaardelijk eigendomsrecht in geval van volledige beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper kan tegenwerpen aan de werkelijke eigenaar, moet hetzelfde gelden voor het geval dat de beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper voortvloeit uit het feit dat op de verkochte zaak een beperkt recht rust.

Dit volgt bovendien uit de splitsing van het eigendomsrecht als gevolg van de voorwaardelijke beschikking.²²⁴ Indien ter uitvoering van de koopovereenkomst een levering op de voet van artikel 3:91 BW plaatsvindt, komt terstond de voorwaardelijke overdracht tot stand, op grond waarvan de koper ingevolge artikel 3:84 lid 4 BW een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt. Indien de koper ten aanzien van het bestaan van het pandrecht te goeder trouw is, verkrijgt hij een onbezwaard eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Het pandrecht rust na de voorwaardelijke overdracht derhalve nog enkel op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de verkoper. Na de overdracht onder opschortende voorwaarde kan de pandhouder dus nog slechts het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde executeren. Aangezien de koper

²²³ Molenaar 1985, p. 24.

²²⁴ Zie ook M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1238: 'Dit ligt in de voorwaardelijke aard van het recht van de verkrijger opgesloten.' Zie ook de vergelijkbare problematiek rond splitsing van rechten T.E. Booms, 'Gevolgen van kwantitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten', *NTBR* 2016, p. 306.

op grond van artikel 3:86 BW terstond een onbezwaard eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt, dat hem de positie verschaft alsof hij van een (volledig) beschikkingsbevoegde zou hebben verkregen, kan de koper dit eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde tegenwerpen aan de rechthebbende van een pandrecht op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. De pandhouder kan de zaak derhalve niet opvorderen van de koper en kan slechts het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde executeren, terwijl de zaak zich nog bij de koper bevindt.²²⁵

De slotzinsnede van artikel 3:86 lid 2 BW wekt daarentegen de indruk dat dit pandrecht vooralsnog óók op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde rust, en pas vervalt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Uit het voorgaande volgt echter dat dit niet het geval is, terwijl de wetgever een dergelijk rechtsgevolg evenmin heeft beoogd met het opnemen van de slotzinsnede. Zij werd opgenomen naar aanleiding van een betoog van Bakels waarin hij het in deze subparagraaf aan de orde zijnde geval behandelde. Volgens hem zou het ongerijmd zijn wanneer het pandrecht door machtsverschaffing zou vervallen, omdat dit tot gevolg zou kunnen hebben dat, wanneer de koper in gebreke blijft met betaling van de verschuldigde prestatie, de verkoper onder eigendomsvoorbehoud de zaak zou kunnen revindiceren in onbezwaarde staat.²²⁶ Naar aanleiding daarvan heeft de wetgever bepaald dat het pandrecht pas vervalt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.²²⁷ Daarmee is de bepaling zowel overbodig als misleidend, omdat het door Bakels gesignaleerde probleem niet bestaat.²²⁸ Het pandrecht blijft vooralsnog immers rusten op het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde.²²⁹ Indien de koper de koopprijs niet betaalt, vervalt diens (onbezwaarde) eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde en groeit het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de verkoper weer uit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht en heeft ook het pandrecht weer het onvoorwaardelijke eigendomsrecht tot voorwerp.²³⁰

225 Vgl. Reehuis 2013, nr. 60 die opmerkt dat de koper 'een voorwaardelijke bescherming door art. 3:86 lid 2 BW geniet, welke bescherming onvoorwaardelijk wordt op het moment dat hij [de verkoper] betaalt en welke bescherming komt te vervallen indien hij met de betaling in gebreke blijft.'

226 Bakels 1984, p. 481. Zo ook Mezas 1985, p. 43 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 172.

227 Zie V.V. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1213 en M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1216.

228 Om die reden is de kritiek van Stolz 2015, p. 1074-1075 dat de bepaling een te beperkt toepassingsbereik heeft – nl. alleen m.b.t. beperkte rechten – ook onjuist. De bescherming in overige gevallen ligt reeds besloten in de verwijzing naar art. 3:91 BW in art. 3:86 lid 1 BW. Zie overigens ook M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1238 waar enerzijds wordt opgemerkt dat Bakels op een dwaalspoor is geraakt maar anderzijds wordt opgemerkt dat een verduidelijking zal worden aangebracht in art. 3:86 lid 2 BW.

229 Vgl. ook de notitie van W. Snijders d.d. 1 oktober 1984 n.a.v. het artikel van Bakels (te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 288), waarin nog ten aanzien van de oorspronkelijke versie van art. 3:86 lid 2 BW wordt opgemerkt: 'Het beperkte recht vervalt, ook naar de letter van art. 3.4.2.3a lid 2 [=art. 3:86 lid 2 BW; toevoeging EFV], alleen voor zover er door de levering overdracht plaats vindt d.w.z. aanvankelijk alleen voor wat betreft het recht onder opschortende voorwaarde van de verkrijger te goeder trouw.'

230 Zo ook Molenaar 1985, p. 24. Merkwaardig genoeg komt Bakels 1984, p. 481-482 ook tot deze conclusie voor het geval dat de wetgever, zoals door hem als oplossing bepleit, art. 3:91 BW zou schrappen. In een dergelijk geval zou volgens Bakels de levering door bezitsverschaffing kunnen geschieden en zou de koper terstond een voorwaardelijk eigendomsrecht krijgen door de werking van art. 3:84 lid 4 BW. Gedurende periode van onzekerheid zou de pandhouder ten opzichte van de koper geen beroep kunnen doen op diens pandrecht, maar ten opzichte van de verkoper wel. Wanneer de koper nu in gebreke zou blijven met betaling,

8.5.3 *Gerechtigdheid tot de vruchten*

De vraag aan wie de vruchten toekomen gedurende de periode van onzekerheid, houdt slechts beperkt verband met de verhouding van het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde ten opzichte van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Hiervoor is namelijk in de eerste plaats beslissend wat uit de rechtsverhouding tussen partijen voortvloeit, in het licht van de wettelijke bepalingen die daarop betrekking hebben. De vraag komt hier desalniettemin aan de orde, omdat zij veelal wel wordt benaderd vanuit de voorwaardelijke gerechtigdheid van de koper. Hoewel het voorwaardelijk eigendomsrecht van de koper niet richtinggevend is voor het antwoord, komt het mij voor dat een meer bevredigende oplossing voor deze problematiek zou worden gevonden wanneer de gerechtigdheid van de vruchten wel zou worden bepaald aan de hand van de voorwaardelijke gerechtigdheid van de koper en de verkoper met betrekking tot de vruchtdragende zaak.

Voor het positieve recht komt het aan op het samenspel van de artikelen 7:9 lid 3, 7:14 en 5:17 BW voor het antwoord op de vraag aan wie de vruchten hangende de voorwaarde toekomen. Op grond van artikel 7:14 BW komen de vruchten van de dag van de aflevering af aan de koper toe. Volgens artikel 7:9 lid 3 BW geldt bij een eigendomsvoorbehoud het in de macht stellen van de zaak als aflevering. Vanaf de machtsverschaffing van artikel 3:91 BW komen de vruchten derhalve toe aan de koper. Uit de toelichting bij artikel 7:14 BW blijkt dat de bepaling volgens de wetgever echter niet bepaalt wie eigenaar wordt van de vruchten. De bepaling 'heeft alleen het oog op de interne verhouding tussen verkoper en koper'.²³¹ Het artikel lijkt derhalve niet meer te bepalen dan dat de koper jegens de verkoper recht heeft op de vruchten, waarmee lijkt te zijn bedoeld dat de koper enkel gerechtigd is om op basis van de koopovereenkomst van de verkoper te vorderen dat ook de vruchten aan hem worden overgedragen.

Nadien heeft de wetgever echter nader uiteengezet dat de koper ook daadwerkelijk eigenaar wordt van de vruchten.²³² Tegen de achtergrond van de hierboven genoemde bepalingen, is dat een juiste conclusie. Hoewel artikel 7:14 BW niet de goederenrechtelijke toewijzing van de vrucht beheerst, volgt dit uit de omstandigheid dat het artikel bepaalt dat de koper jegens de verkoper recht heeft op de vruchten. Artikel 7:14 BW schept daarmee namelijk een obligatoir genotsrecht ten gunste van de koper.²³³ Artikel 5:17 BW bepaalt vervolgens dat de koper uit hoofde van diens genotsrecht eigenaar wordt van de vruchten op het moment van

zou dit volgens Bakels tot gevolg hebben dat zijn eigendomsrecht vervalt, als gevolg waarvan het eigendomsrecht van de verkoper weer onvoorwaardelijk zou worden en waardoor ook het pandrecht weer een onvoorwaardelijk eigendomsrecht tot object heeft. Precies deze systematiek volgt echter, zoals in de hoofdtekst wordt betoogd, reeds, ook zonder de slotzinsnede van art. 3:86 lid 2 BW, uit het samenspel van artikel 3:84 lid 4, 3:86 en 3:91 BW. Waarom het verschil in leveringshandeling (machtsverschaffing versus bezitsverschaffing) hier een verschil zou maken, maakt Bakels niet duidelijk. Art. 3:91 vormt voor deze oplossing in het geheel geen moeilijkheid, dat aanleiding zou kunnen vormen voor schrapping, afgezien van het feit dat de levering, bij gebreke van art. 3:91 BW, niet door bezitsverschaffing zou kunnen geschieden. Zie daarover reeds hoofdstuk 4, paragraaf 4.8.

231 T.M., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 111.

232 Nota II., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 111-112. In die zin ook Reehuis 2013, nr. 65.

233 Anders: Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 31 die lijkt uit te gaan van een goederenrechtelijk genotsrecht.

afscheiding.²³⁴ Hoewel de koper derhalve daadwerkelijk eigenaar wordt van de vruchten, heeft dit genotsrecht een obligatoir karakter, omdat het genotsrecht berust op de rechtsverhouding tussen verkoper en koper.²³⁵ De opvatting dat de koper eigenaar wordt van de vruchten op grond van zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, moet daarmee worden verworpen.²³⁶ In de eerste plaats laat zich niet goed verklaren op welke wijze de koper uit hoofde van zijn *voorwaardelijk* eigendomsrecht de *onvoorwaardelijke* eigendom van de vruchten zou kunnen verkrijgen. Ten tweede blijkt uit de omstandigheid dat artikel 7:14 BW van regeland recht is dat de eigendomsverkrijging van de vruchten door de koper slechts een contractuele grondslag heeft.

Dat de koper eigenaar wordt van de vruchten, is volgens de wetgever redelijk vanwege de strekking van het eigendomsvoorbehoud:

‘Verkoop met eigendomsvoorbehoud verschilt van een gewone verkoop slechts in dit opzicht dat de verkoper, die verplicht is de eigendom over te dragen, dit slechts hoeft te doen onder opschortende voorwaarde van de voldoening van een tegenprestatie als bedoeld in art. 3:4.2.5b lid 2 [=3:92 lid 2 BW; toevoeging EFV], waarbij terugvordering is uitgesloten zolang de koper aan zijn verplichtingen voldoet. Ook een verkoop onder eigendomsvoorbehoud strekt er dus toe dat de koper eigenaar wordt. Dit brengt mee dat het zowel bij gewone koop als bij koop onder eigendomsvoorbehoud redelijk is dat van de dag van – feitelijke – aflevering af de vruchten aan de koper toekomen, ook al komt het pas later tot eigendomsovergang.’²³⁷

Dat partijen ook met een verkoop onder eigendomsvoorbehoud uiteindelijk eigendomsovergang beogen, is juist. Of uit die omstandigheid evenwel volgt dat de vruchten van de dag van de aflevering af aan de koper toekomen, valt te betwijfelen. Dat niet alleen de verkochte zaak maar ook de vruchten aan de koper toekomen indien hij de verschuldigde prestatie voldoet, is vanzelfsprekend. Het eigendomsvoorbehoud wordt echter juist bedongen voor het geval dat de koper de verschuldigde prestatie niet voldoet. Betwijfeld kan worden of partijen werkelijk voor ogen hebben dat de verkoper dan weliswaar de verkochte zaak kan opvorderen, maar niet de reeds afgescheiden vruchten.²³⁸ Aannemelijker komt mij voor dat partijen in het algemeen de eigendomsverhoudingen met betrekking tot de afgescheiden vruchten van dezelfde onzekere gebeurtenis

234 Zie punt 8 van de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 158 m.nt. W.M. Kleijn (*Hollander's Kuikenbroederij*) en (voorzichtig) Stolz 2015, p. 837-838. Kennelijk anders W.M. Kleijn in punt 3 van diens noot onder 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 985 volgens wie de eigendomsverkrijging zich bij obligatoire genotsrechten niet automatisch kan voltrekken. Zo echter uitdrukkelijk T.M., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 114. Ook Vriesendorp 1985a, p. 42 lijkt een tegenstrijdigheid te zien tussen de goederenrechtelijke toewijzing van de vruchten aan de verkoper en art. 7:14 BW, op grond waarvan deze toekomen aan de koper. Uiteindelijk neemt hij desalniettemin aan dat de koper eigenaar wordt op grond van een analoge toepassing van art. 7A:1576n BW (oud). Waarom dat artikel dit resultaat wel zou kunnen bewerkstelligen, maar art. 7:14 BW niet, blijft daarbij onbesproken.

235 Zo ook Scheltema 2017, p. 100.

236 Zo echter Loof 2016, p. 821 en Schuijling 2017, p. 20.

237 Nota II., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 112. De opvatting van de wetgever wordt onderschreven door Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 317.

238 Zie ook de bedenkingen van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen zoals verwoord door J. Spier, ‘NGB-commentaar op de Invoeringswet Boek 6 en Boek 7, titel 1’, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1986, p. 46-47.

afhankelijk willen maken als met betrekking tot de verkochte zaak: komt het tot voldoening van de verschuldigde prestatie, dan wordt de koper zowel eigenaar van de verkochte zaak alsook van de vruchten; voldoet de koper de verschuldigde prestatie daarentegen niet, dan kan de verkoper zowel de verkochte zaak als de vruchten opvorderen. In het algemeen, omdat zich goed laat voorstellen dat dit afhangt van het type verkochte zaak en het type vrucht. Zo zal het waarschijnlijk niet de bedoeling zijn dat de koper van een koe de melk die hij gedurende de periode van onzekerheid melkt aan de verkoper moet afgeven indien hij in gebreke blijft met de betaling van de koe. Maar als aan iemand een drachtige koe onder eigendomsvoorbehoud wordt overgedragen, is het niet aannemelijk dat de koper het gedurende de periode van onzekerheid gekalfde jong zou mogen behouden, indien hij de verschuldigde prestatie niet voldoet en de verkoper de koe opvoert als zijn eigendom.²³⁹

Het strookt naar mijn mening beter met deze betrokken belangen dat bij een eigendomsvoorbehoud, behoudens een afwijkende afspraak, het lot van de vruchten het lot van de verkochte zaak volgt, in die zin dat de koper van de vruchten eigenaar wordt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, maar de verkoper tot dat moment eigenaar (onder ontbindende voorwaarde) is van de vruchten. Voor een zodanige oplossing laat de wet ruimte, aangezien artikel 7:14 BW van regelend recht is. Het staat partijen derhalve vrij te bepalen dat de verkoper eigenaar wordt van de vruchten of dat de koper eigenaar wordt van de vruchten indien en zodra de voorwaarde in vervulling gaat en de verkoper tot dat moment dus eigenaar van de vruchten wordt en blijft.

Daartoe is mijns inziens niet vereist dat afzonderlijk met betrekking tot de vruchten ook een overdracht onder opschortende voorwaarde tot stand wordt gebracht door verkoper en koper. Afdoende is dat zij artikel 7:14 BW buiten toepassing verklaren. Vervolgens komen de vruchten, bij gebreke van een genotsrecht van een ander, op grond van artikel 5:1 lid 3 BW toe aan de eigenaar van de zaak. Aangezien de verkoper eigenaar onder ontbindende voorwaarde is van de zaak en de koper eigenaar onder opschortende voorwaarde, moet worden aangenomen dat deze voorwaardelijke gerechtigdheid ook geldt voor de vruchten van de verkochte zaak. Nu de eigendom van de vruchten, behoudens rechten van anderen, wordt toegewezen aan de eigenaar van de vruchtdragende zaak, ligt het voor de hand dat, wanneer dat eigendomsrecht is gesplitst in twee voorwaardelijk eigendomsrechten, eenzelfde eigendomssplitsing plaatsvindt met betrekking tot de vruchten.²⁴⁰ Dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde nog niet werkt, doet daaraan niet af, nu bij de toewijzing van de vruchten simpelweg de

239 Zie ook Nota II., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 112 waar de wetgever opmerkt dat uit de strekking van de overeenkomst in verband met de aard van het verkochte goed iets anders kan voortvloeien, maar dat de overeenkomst dat dan wel zal regelen.

240 Vgl. Serick 1963, p. 230 die opmerkt dat de vruchten aan de verkoper toekomen, 'freichlich nur in dem Umfange, in dem ihm das Muttertier gehört.' Zie ook N.E.D. Faber & S.C.J.J. Kortmann in punt 8 van hun noot onder HR 3 juni 2016, *JOR* 2016, 287 (*Rabobank/Reuser*), die weliswaar in het midden laten of de eigenaar onder opschortende voorwaarde volledig of voorwaardelijk eigenaar wordt van de vruchten, maar dus in ieder geval de mogelijkheid aanvaarden van een voorwaardelijke verkrijging van vruchten. Zo ook Rongen 2017, p. 223. In die richting ook J.B. Spath in punt 6 van haar noot onder Rb. 's-Gravenhage 18 mei 2016, *JOR* 2016, 285.

hoedanigheid van eigenaar bepalend is en niet zozeer de aan het eigendomsrecht verbonden (werkende) eigenaarsbevoegdheden. Volgens Stolz laat zich daarentegen op geen enkele wijze onderbouwen hoe een originele verkrijgingswijze zou kunnen leiden tot een voorwaardelijke gerechtigdheid van de verkrijger en de vervreemder, zonder dat daartoe een nader handelen van partijen is vereist.²⁴¹ Een dergelijke zienswijze geeft echter blijk van een overschatting van de aard van een originele verkrijging. Dat een bepaalde verkrijging als originair moet worden gekwalificeerd, betekent niets meer dan dat de eigendomsverkrijging niet wordt afgeleid van een rechtsvoorganger, maar rechtstreeks is gebaseerd op de wet. In het bijzonder zegt de kwalificatie als originele verkrijging als zodanig niets over de omvang van de verkrijging. Een originele verkrijging is niet noodzakelijkerwijs onbezwaard of onvoorwaardelijk.²⁴²

Het voorgaande stemt in resultaat overeen met het Duitse recht, dat weliswaar een andere constructie volgt, maar waaruit wel blijkt dat de verkrijging van vruchten van rechtswege tot een voorwaardelijke gerechtigdheid kan leiden. Bij gebreke van een met artikel 7:14 BW vergelijkbare bepaling wordt naar Duits recht aangenomen dat de verkoper – als eigenaar van de vruchtdragende zaak – ook eigenaar wordt van de vruchten op grond van § 953 BGB.²⁴³ Partijen kunnen echter overeenkomen dat aan de koper een persoonlijk toe-eigeningsrecht toekomt met betrekking tot de vruchten (§ 956 BGB). In de literatuur wordt aangenomen dat een dergelijke toekenning van een persoonlijk toe-eigeningsrecht in geval van een eigendomsvoorbehoud stilzwijgend besloten ligt in de aan de overdracht ten grondslag liggende koopovereenkomst en dat het persoonlijk toe-eigeningsrecht bovendien voorwaardelijk van aard is, in die zin dat ook de eigendomsverkrijging op grond van dat toe-eigeningsrecht voorwaardelijk is. Er is dan sprake van een voorwaardelijke *Aneignungsgestattung*, terwijl deze voorwaardelijkheid van de verlening van het toe-eigeningsrecht in die zin doorwerkt in de gevolgen van de verlening van het recht, dat de vervolgens uit hoofde van het toe-eigeningsrecht verkregen vruchten ook terstond voorwaardelijk toekomen aan de koper.²⁴⁴ De verkoper wordt derhalve eigenaar van de vruchten, terwijl de koper een *Anwartschaftsrecht* verkrijgt ten aanzien van de vruchten, zodat vervulling van de voorwaarde tot gevolg heeft dat de koper automatisch en zonder nadere handelingen eigenaar wordt van de vruchten. Per saldo wordt daarmee ook naar Duits recht bewerkstelligd dat de vruchten ‘dem Nexus der bedingten Übereignung unterfallen.’²⁴⁵ Een (stilzwijgende) afwijking van dat uitgangspunt wordt wel aangenomen voor het geval dat het gaat om vruchten die snel

241 Stolz 2015, p. 827-828.

242 Zie bijv. HR 14 augustus 2015, *NJ* 2016, 263 m.nt. H.J. Snijders (*Zalco*). Zie uit de literatuur met verdere verwijzingen Wichers 2002, p. 307-309, De Jong 2006, p. 90-93 en Spath 2010, p. 192-194.

243 Blomeyer 1939, p. 244, Serick 1963, p. 230 en Staudinger/Gursky 2017, § 953 BGB, Rn. 6.

244 Flume 1962, p. 386, BGB-RGRK/Pikart 1979, § 956 BGB, Rn. 22, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 511, Palandt/Bassenge 2014, § 956 BGB, Rn. 2, Staudinger/Gursky 2017, § 953 BGB, Rn. 6 en Staudinger/Gursky 2017, § 956 BGB, Rn. 43. Deze *Aneignungsgestattung* is bovendien – via § 107 InsO – *konkursfest*. Zie Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 730, MünchKomm-InsO/Breuer 2013, § 91 InsO, Rn. 16, Uhlenbruck/Mock 2015, § 91 InsO, Rn. 35-36 en Bamberger & Roth/Kindl 2016, § 956 BGB, Rn. 8.

245 Flume 1962, p. 386.

worden verbruikt of bederven. In een dergelijk geval wordt aangenomen dat uit de rechtsverhouding tussen verkoper en koper volgt dat de koper terstond onvoorwaardelijk eigenaar wordt van de vruchten.²⁴⁶

In de bescheiden Oostenrijkse literatuur wordt daarentegen aangenomen dat uit de strekking van het eigendomsvoorbehoud in het algemeen voortvloeit dat de koper (onvoorwaardelijk) eigenaar wordt van de vruchten.²⁴⁷ In dat verband wordt zijn positie dikwijls vergeleken met die van een huurder of van een vruchtgebruiker.²⁴⁸ Bydlinski nuanceert zijn opvatting vervolgens echter in zoverre dat de koper vervolgens wel obligatoir verplicht is de vruchten aan de verkoper over te dragen, indien hij de verschuldigde prestatie niet voldoet en de verkoper overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud.²⁴⁹ Voor het Nederlandse recht acht ik deze oplossing weinig overtuigend, nu zij hinkt op twee gedachten. Wanneer men aanneemt dat de koper gedurende de periode van onzekerheid eigenaar wordt van de vruchten, valt niet goed in te zien waarom dit anders zou zijn als de koopovereenkomst wordt ontbonden (vgl. art. 6:275 BW).²⁵⁰ Een obligatoire oplossing, in de zin dat de koper de vruchten moet overdragen, is voorts weinig bevredigend, wanneer men bedenkt dat het eigendomsvoorbehoud wordt bedongen voor het geval dat obligatoire aanspraken niet (meer) toereikend zijn.

Tot slot is nog van belang dat wanneer bij het voortbrengen van de vruchten menselijke arbeid is betrokken, afhankelijk van de intensiteit van de arbeid, niet zelden sprake zal zijn van zaaksvorming, waardoor de eigendomstoewijzing van de 'vruchten' beoordeeld moet worden aan de hand van artikel 5:16 BW, hetgeen gewoonlijk zal betekenen dat de koper eigenaar wordt van de gevormde zaak.²⁵¹

8.5.4 *Gerechtigdheid tot schadevergoedingsvorderingen jegens derden*

Een zeer uitdagende vraag rond het eigendomsvoorbehoud betreft de kwestie door wie en op welke wijze schadevergoedingsaanspraken gedurende de periode van onzekerheid geldend kunnen worden gemaakt jegens een derde die de verkochte zaak beschadigt of vernietigt. Moeilijkheden worden daarbij veroorzaakt door het feit dat vanwege de voorwaarde onduidelijk is wie uiteindelijk eigenaar zal zijn van de zaak, waardoor eveneens onduidelijk is wie de schade uiteindelijk lijdt.²⁵² Extra complicerend is de omstandigheid dat de koper vanwege de risico-overgang van artikel 7:10 BW ondanks de beschadiging of het tenietgaan

246 Flume 1962, p. 386, Serick 1963, p. 230, BGB-RGRK/Pikart 1979, § 956 BGB, Rn. 22, Palandt/Bassenge 2014, § 956 BGB, Rn. 2 en Staudinger/Gursky 2017, § 953 BGB, Rn. 6.

247 Vgl. Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 560-561 (waar wordt benadrukt dat partijen anders kunnen overeenkomen) en Koziol & Welser/Kletečka 2014, p. 458.

248 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 560-561 en Spielbüchler 1981, p. 505-511.

249 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 560-561.

250 Voor het Oostenrijkse recht geldt dit overigens niet, nu daar de terugwerkende kracht van de ontbinding een rol zou kunnen spelen. Zie Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 561.

251 Zie hiervoor in hoofdstuk 7, paragraaf 7.2. Zie over de verhouding tussen vruchttrekking en zaaksvorming met verdere verwijzingen Wichers 2002, p. 210-212 en Bartels & Geurts 2016, p. 141-143.

252 Vgl. Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 609.

gehouden blijft de volledige koopprijs te voldoen.²⁵³ Zoals in hoofdstuk 7 aan de orde kwam, rijzen dezelfde vragen wanneer de verkochte zaak zowel ten behoeve van de verkoper als van de koper is verzekerd en vervolgens aanspraak wordt gemaakt op de verzekeringsuitkering.

Het gaat daarbij enkel om schade aan de zaak zelf, nu deze de eigenaar in zijn vermogen treft. Eventuele andersoortige schade, zoals de schade die de koper lijdt doordat hij gedurende de reparatie van de verkochte zaak een vervangende machine moet huren, blijft buiten beschouwing, nu het daarbij niet gaat om schadevergoedingsvorderingen die aanknopen bij het goederenrechtelijk toebehooren van de zaak.

Ogenschijnlijk is hier sprake van een probleem van zogenoemde verplaatste schade, zoals dat met name door Bloembergen op de kaart is gezet voor het Nederlandse recht.²⁵⁴ Daarvan is – kort gezegd – sprake indien de schade door een ander wordt geleden dan door degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld. Daarvan lijkt hier sprake: de derde pleegt een inbreuk op het (actieve) eigendomsrecht van de verkoper, maar de koper lijdt de schade, nu hij het genot van de zaak heeft en bovendien gehouden blijft de volledige koopprijs te voldoen. Van een ‘echt’ probleem van verplaatste schade is desalniettemin geen sprake. Het probleem is hier niet zozeer gelegen in de omstandigheid dat een ander dan degene jegens wie onrechtmatig wordt gehandeld de schade lijdt, maar in de omstandigheid dat vanwege de voorwaardelijke overdracht onduidelijk is wie uiteindelijk eigenaar wordt van de zaak en diens gevolg de schade lijdt. Er is dus wel sprake van een situatie waarin onrechtmatig wordt gehandeld tegen degene die ook de schade lijdt, zij het dat vooralsnog onduidelijk is wie dat uiteindelijk is: de koper of de verkoper.²⁵⁵

In een tweetal gevallen bestaat deze onduidelijkheid niet. Dat is in de eerste plaats het geval indien de koper onder eigendomsvoorbehoud de verkochte zaak repareert en daarmee de schade in zekere zin ‘tot de zijne’ maakt.²⁵⁶ Als gevolg daarvan kan de koper de derde vervolgens aanspreken tot vergoeding van de schade.²⁵⁷ De verkoper lijdt dan bovendien geen schade, nu de zaak weer is hersteld in de oude toestand. Ten tweede bestaat er geen onduidelijkheid wanneer de waardedaling van de zaak als gevolg van de onrechtmatige daad geringer is dan de omvang van de reeds door de koper gedane aanbatalingen. De door de

253 Om die reden komt art. 6:78 BW niet in beeld als oplossing voor dit vraagstuk. Zo echter De Bie Leuveling Tjeenk 1997, p. 210 en p. 235. Vanwege de fixerende werking van de risico-overgang leveren nadien ingetreden beschadigingen van de zaak immers geen tekortkoming op van de verkoper. Zie hiervoor in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5. Zij biedt bovendien geen soelaas in geval van faillissement. Vgl. Du Perron 1999, p. 123.

254 Zie Bloembergen 1965, p. 247-278 en A.R. Bloembergen, ‘Verplaatsing van schade’, in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet (Kleijn-Bundel)*, Deventer: Kluwer 1992, p. 19-31. Zie over de problematiek ook De Bie Leuveling Tjeenk 1997, p. 197 e.v.

255 Een oplossing wordt, anders dan Bloembergen 1965, p. 254 lijkt te suggeren, niet geboden door het leerstuk van abstracte schadeberekening. Kwetsius is immers niet zozeer de omvang van de schade, maar veeleer de vraag wie de schade lijdt. Ook bij zaaksbeschadiging komt men pas toe aan abstracte schadeberekening indien op zichzelf wel vaststaat dat de schade wordt geleden. Zie punt 4 van de noot van M.M. Mendel onder HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013, 219 (*Reaal/Athlon*).

256 Bloembergen 1965, p. 271 en p. 273.

257 Zie voor de huurder HR 4 maart 1955 *NJ* 1955, 301. Zie ook De Bie Leuveling Tjeenk 1997, p. 223-226.

onrechtmatige daad opgetreden schade wordt dan namelijk hoe dan ook door de koper geleden. Indien hij de koopprijs voldoet, omdat hij eigenaar wordt van een zaak die minder waard is en indien hij de koopprijs niet voldoet, omdat hij minder terugontvangt van zijn aanbetaalde termijnen als gevolg van de waardedaling van de zaak.²⁵⁸

Ingewikkelder ligt het in de overige gevallen. Als de koper de verschuldigde tegenprestatie niet voldoet (en zijn vermogen hiervoor geen verhaal biedt), blijft de verkoper eigenaar en lijdt hij de schade. De koper lijdt dan geen schade, omdat zijn voorwaardelijk eigendomsrecht is vervallen. Indien de koper daarentegen de verschuldigde prestatie voldoet, wordt hij eigenaar en lijdt hij in die hoedanigheid de schade. De verkoper lijdt dan geen schade meer, in de eerste plaats omdat zijn voorwaardelijk eigendomsrecht is vervallen, maar daarenboven omdat hij de koopprijs heeft ontvangen. De onzekerheid waaraan de overdracht is onderworpen, heeft daarmee ook betrekking op de schadevergoedingsvordering. Problematisch kan daarbij zijn dat, met name wanneer de koopprijs een substantiële omvang heeft en vervulling van de voorwaarde niet snel te verwachten is, goed voorstelbaar is dat (wenselijk is dat) de schadevergoedingsvordering geldend wordt gemaakt voordat de voorwaarde in vervulling is gegaan of als gevolg van de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud is vervallen.

Een drietal belangen speelt in een dergelijk geval een rol.²⁵⁹ In de eerste plaats willen verkoper en koper – in overeenstemming met de ratio van het eigendomsvoorbehoud – beschermd zijn tegen elkaars insolventie, in die zin dat zij bij voorkeur niet de schadevergoedingsvordering willen verkrijgen via elkaars vermogen. Zij zijn gebaat bij een rechtstreekse aanspraak op de schadeveroorzaker overeenkomstig hun geschade belang. Daarnaast staat het belang van de schadeveroorzaker, die aan de juiste persoon en mitsdien bevrijdend wil betalen, hetgeen ingewikkeld kan zijn vanwege de voorwaardelijkheid van de rechten van de verkoper en koper. Als gevolg van tussentijdse betalingen kan het bovendien zo zijn dat intussen een verandering is ingetreden in de geschade belangen van de verkoper en koper. Tegen deze achtergrond laten zich *grosso modo* drie oplossingen voorstellen: (i) de verkoper kan de schadevergoedingsvordering geldend maken; (ii) de koper kan de schadevergoedingsvordering geldend maken of (iii) beide kunnen (al dan niet gezamenlijk) de schadevergoedingsvordering geldend maken overeenkomstig hun geschade belang.

De tweede benadering lijkt voor de hand liggend, aangezien de verkoper op het eerste gezicht in het geheel geen schade lijkt te lijden, vanwege het feit dat het risico van de zaak reeds op de koper is overgegaan.²⁶⁰ Ook na beschadiging of volledig tenietgaan van de zaak kan hij de koper derhalve nog aanspreken tot

258 Vgl. Bloembergen 1965, p. 273-274, voetnoot 1. Zie voor de methode van verrekening van de aanbetaalde termijnen met de vordering wegens waardedaling bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud hiervoor in hoofdstuk 5, paragraaf 5.8.1.

259 Thoss 2003, p. 278.

260 Zo dan ook Müller-Laube 1993, p. 534 en OGH 22 februari 1972, zaaknr. 8Ob17/72. In die richting ook Bloembergen 1965, p. 274, voetnoot 1 en ook Du Perron 1999, p. 123, die echter enerzijds opmerkt dat de koper aanspraak heeft op schadevergoeding omdat het eigenaarsbelang voor zijn rekening komt (vanwege de risico-overgang), maar anderzijds toch lijkt te eisen dat de koper de koopprijs ook daadwerkelijk voldoet.

betaling van de koopprijs. Toch lijdt de verkoper mogelijk wel degelijk schade.²⁶¹ Het risico is voor de verkoper namelijk gelegen in het feit dat hij de zaak niet meer of slechts beschadigd kan opvorderen indien de koper niet in staat blijkt de koopprijs te voldoen. Zijn eigendomsrecht (onder ontbindende voorwaarde) beschermt hem tegen het risico van niet-betaling door de koper, doordat hij het voorwerp van zijn eigen prestatieplicht kan terugvorderen. Is de zaak in de tussentijd beschadigd of tenietgegaan, kan hij haar niet meer (in de oorspronkelijke staat) terugvorderen. Om die reden moet de opvatting dat de verkoper geen schade lijdt en de koper de schadevergoedingsvordering geldend kan maken dan ook worden verworpen. Hetzelfde geldt voor oplossingen die aanknopen bij de hiervoor reeds gememoreerde problematiek van verplaatste schade (*Drittschadensliquidation*).²⁶² Voorwaarde voor de toepasselijkheid van dat leerstuk is immers dat degene jegens wie onrechtmatig wordt gehandeld zelf geen schade lijdt en dat jegens degene die de schade lijdt, niet onrechtmatig wordt gehandeld. Daarvan is geen sprake, nu de verkoper mogelijk wel degelijk schade lijdt.²⁶³ Door de schadevergoedingsvordering volledig toe te kennen aan de koper, wordt het eigendomsrecht van de verkoper en de potentiële schade die hij lijdt, miskend.²⁶⁴ Wanneer de koper de schadevergoedingsvordering geldend zou kunnen maken, maar vervolgens in gebreke blijft met de voldoening van de koopprijs, zou de verkoper voor wat betreft de schadevergoeding zijn aangewezen op een persoonlijke vordering jegens de koper, hetgeen niet strookt met de functie van het eigendomsvoorbehoud, waarmee de verkoper zich juist wenst in te dekken tegen insolventie van de koper en met het feit dat hij door een derde wordt aangetast in een goederenrechtelijke aanspraak.²⁶⁵

Eveneens te verstrekkend is de opvatting dat de schadevergoedingsvordering geheel zou toekomen aan de verkoper.²⁶⁶ Door sommige auteurs in Duitsland en Oostenrijk wordt deze opvatting wel onderbouwd met het argument dat de verkoper als gevolg van de opgeschorte werking van de overdracht nog altijd eigenaar is en onzeker is of de koper eigenaar wordt en dus überhaupt wel schade lijdt. Voor het Nederlandse recht zou zo geredeneerd kunnen worden op grond van de omstandigheid dat het eigendomsrecht van de koper nog geen werking heeft en alle eigenaarsbevoegdheden, waaronder de bevoegdheid om schadevergoedingsvorderingen geldend te maken, verbonden zijn aan het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de verkoper.²⁶⁷ Een aantal Duitse auteurs merkt op dat de verkoper slechts gehouden zou zijn de vordering op de derde na vervulling van de voorwaarde te cederen aan de koper of – indien

261 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 606-607 en Thoss 2003, p. 279-280.

262 Zo echter RG 1 juli 1942, *RGZ* 170, 1 en Koziol 1968, p. 500.

263 Vgl. Rinke 1998, p. 103-104 en Bülow 2012, p. 262.

264 Raiser 1961, p. 82, Rinke 1998, p. 105, Staudinger/Hager 2017, § 823 BGB, Rn. B 155 en MünchKomm-BGB/Wagner 2017, § 823 BGB, Rn. 277.

265 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 607.

266 Zo echter Von Tuhr 1918, p. 297-298, Flume 1962, p. 400-401 (zij het dat hij slechts inning met toestemming van de koper kan verlangen, daarbij aansluitend Wilhelm 2010, p. 919) en Bülow 2012, p. 261. In die richting ook Rühl 1930, p. 98-100 en Koziol 1968, p. 500-502 (zij het via de *Drittschadensliquidation*).

267 Zie daarover hiervoor in paragraaf 8.4.2.

de vordering reeds is voldaan – het geïnde bedrag aan de koper te voldoen.²⁶⁸ Deze visie miskent echter dat de koper, ondanks de opgeschorte werking van de overdracht, reeds voor vervulling van de voorwaarde een tegenwoordig recht heeft dat onderdeel uitmaakt van zijn vermogen, namelijk het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.²⁶⁹ Het eigendomsrecht van de verkoper is dienovereenkomstig beperkt. De verkoper heeft derhalve ook nog slechts een beperkt geschaad belang bij de verkochte zaak, dat bovendien pas feitelijk in beeld komt indien de koper niet in staat blijkt de koopprijs te voldoen.²⁷⁰ Bovendien is een gevolg van deze oplossing dat de koper het risico van insolventie van de verkoper draagt, waar het aankomt op de schadevergoedingsvordering of het geïnde, nu hij slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak geldend kan maken jegens de verkoper. Dat druist in tegen de functie en ratio van het eigendomsvoorbehoud, die zowel verkoper als koper beschermt tegen het risico van insolventie van de wederpartij, hetgeen wordt bereikt door terstond een voorwaardelijke overdracht tot stand te brengen.

Uit het voorgaande volgt dat zowel het belang van de koper als van de verkoper in het geding is als gevolg van de onrechtmatige daad van de derde.²⁷¹ Zowel het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde alsook het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde wordt aangetast door de onrechtmatige daad, nu beide eigendomsrechten betrekking hebben op de beschadigde zaak. Aangezien zij beide getroffen worden door de onrechtmatige daad, moet worden aangenomen dat de laedens de schadevergoeding verschuldigd is aan de verkoper en de koper, waardoor sprake is van een pluraliteit van schuldeisers als bedoeld in artikel 6:15 BW. Deze benadering is ook de heersende leer in de Oostenrijkse en Duitse literatuur en zij is eveneens aanvaard in de rechtspraak van het BGH en OGH.²⁷²

Problematisch blijft bij deze pluraliteit van schuldeisers uitsluitend nog op welke wijze de schadevergoeding tussen de verkoper en de koper moet worden verdeeld. Uit de rechtspraak van het BGH lijkt te moeten worden afgeleid dat hij meent dat de verkoper en koper *Teilgläubiger* zijn en allebei een eigen vordering op de schadeveroorzaker hebben, aangezien sprake is van een deelbare vordering (vgl. art. 6:15 lid 1 BW).²⁷³ De omvang van hun beider vordering wordt vervolgens bepaald door de afwikkelingsstand van de koopovereenkomst ten tijde van het schadeveroorzakende feit. De verkoper komt in deze benadering een vordering toe ter hoogte van de nog openstaande koopprijs, terwijl de schadevergoedingsvordering van de koper het restant bedraagt. Deze benadering is de heersende leer in Oostenrijk, waarbij het OGH zich heeft aangesloten.²⁷⁴

268 Von Tuhr 1918, p. 298, Bülow 2012, p. 261 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 46. In die richting ook Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 360. Zie hiervoor in voetnoot 253 over de niet-toepasselijkheid van art. 6:78 BW.

269 Raiser 1961, p. 82, Forkel 1962, p. 206, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 607, Müller-Laube 1993, p. 532 en Thoss 2003, p. 278-279 en p. 282.

270 Vgl. Bloembergen 1965, p. 272.

271 Raiser 1961, p. 82, Forkel 1962, p. 207, Georgiades 1963, p. 165-166, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 607, Koziol 1984, p. 34, Brox 1984, p. 660, Rinke 1998, p. 105, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 80, Thoss 2003, p. 280-281 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 43.

272 Zie hierna in voetnoten 273-275, 277 en 279.

273 BGH 25 januari 1957, zaaknr. VI ZR 319/55 en BGH 11 november 1970, NJW 1971, 799.

274 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 610, Koziol 1984, p. 34, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 80 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 43. Vgl. ook Spielbüchler 1981, p. 510. Zie uit de rechtspraak OGH 22 november 1978, zaaknr. 1Ob33/78 en OGH 19 april 1979, zaaknr. 7Ob768/78.

Zij kent echter een aantal bezwaren.²⁷⁵ In de eerste plaats wordt hiermee van de schuldenaar verlangd dat hij zich verdiept in de interne verhouding tussen verkoper en koper. Weliswaar komt artikel 6:34 BW de schuldenaar tot op zekere hoogte tegemoet wanneer hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat hij in een bepaalde omvang aan de koper of verkoper moest betalen, maar dit betekent niet dat de schuldenaar zomaar mag vertrouwen op een door de verkoper of koper genoemde afwikkelingsstand van de koopovereenkomst. Ten tweede kan de opsplitsing van de schadevergoedingsvordering leiden tot een wedloop tussen verkoper en koper, wanneer de schadeveroorzaker slechts in staat blijkt de vordering gedeeltelijk te voldoen. Ten slotte wordt in deze benadering weliswaar een praktische oplossing gegeven door een verdeelsleutel te formuleren, maar hiermee wordt miskend dat vanwege de onzekerheid hangende de voorwaarde juist niet vastgesteld kan worden wie in welke omvang de schade lijdt. Wanneer de koper nadien bijvoorbeeld niet in staat blijkt de koopprijs te voldoen en de verkoper weer onvoorwaardelijk eigenaar is geworden, is laatstgenoemde aangevoerd op het vermogen van de koper om de resterende schadevergoeding alsnog te verkrijgen, wanneer deze in de tussentijd door de koper is geïnd.

Gelet op deze aspecten wordt beter recht gedaan aan de betrokken belangen door aan te nemen dat de onzekerheid over de vraag wie uiteindelijk de schade lijdt tot gevolg heeft dat sprake is van een ondeelbare prestatie. Weliswaar wordt met de ondeelbaarheid van de prestatie in artikel 6:15 lid 2 BW bedoeld op de onmogelijkheid van splitsing van de prestatie, waarvan geen sprake is bij een vordering tot betaling van een geldsom, nu deze eenvoudig splitsbaar is,²⁷⁶ maar uit de onzekerheid hangende de voorwaarde volgt mijns inziens dat desalniettemin sprake is van een ondeelbare vordering.²⁷⁷ Vanwege de onduidelijkheid wie uiteindelijk eigenaar zal zijn van de verkochte zaak en het feit dat de afwikkelingsstand van de koopovereenkomst zich steeds kan wijzigen, laat zich immers niet goed vaststellen op welke wijze de vordering tussen de verkoper en de koper moet worden opgedeeld.²⁷⁸ Uit bovenstaande betrokken belangen moet bovendien worden afgeleid dat zij gezamenlijk een vorderingsrecht hebben (art. 6:15 lid 2 BW) en dat de schuldenaar de vordering aan hen beide gezamenlijk moet voldoen.²⁷⁹ Daarmee wordt bewerkstelligd dat de nadere verdeling van de schadevergoedingsvordering slechts een interne gelegenheid is tussen de verkoper en de koper en de schuldenaar zich in die verhouding niet hoeft te verdiepen.

Als de schadeveroorzaker derhalve aan zijn verplichting tot betaling van de schadevergoeding voldoet door aan de verkoper en de koper gezamenlijk te betalen, is het vervolgens aan hen om intern tot een nadere afwikkeling te komen. Gelet op het feit dat vooralsnog onduidelijk is of de voorwaarde in vervulling gaat, is denkbaar dat het bedrag wordt gedeponneerd onder een notaris en daarbij wordt

275 Zie Medicus 1965, p. 142-143, Raiser 1961, p. 82, Müller-Laube 1993, p. 532-533, Thoss 2003, p. 282-290 en MünchKomm-BGB/Wagner 2017, § 823 BGB, Rn. 277.

276 Zo reeds HR 9 december 1898, *W.* 7216.

277 Medicus 1965, p. 144-145, Raiser 1961, p. 82 en Serick 1963, p. 278-279. Vgl. ook Forkel 1962, p. 207-208.

278 Vgl. Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 609.

279 Forkel 1962, p. 209, Georgiades 1963, p. 166, Brox 1984, p. 660, Rinke 1998, p. 105, Thoss 2003, p. 287-289, Wieling 2006, p. 803, Baur/Baur & Stürner 2009, p. 850, MünchKomm-BGB/Wagner 2017, § 823 BGB, Rn. 277 en Staudinger/Hager 2017, § 823 BGB, Rn. B 155.

overeengekomen onder welke voorwaarden de notaris het gedeponeerde bedrag uitkeert aan de koper of de verkoper. In het algemeen zal daarbij hebben te gelden dat het bedrag aan de koper wordt uitgekeerd, indien de voorwaarde in vervulling gaat en de gelden aan de verkoper toekomen indien de voorwaarde vervalt. Eveneens denkbaar is dat de verkoper en de koper overeenkomen dat de gelden reeds voor vervulling van de voorwaarde worden besteed, bijvoorbeeld in het kader van een reparatie of vervanging van de verkochte zaak. Daarmee is zowel het belang van de koper gediend, die weer aanspraak kan maken op het (volledige) genot van de zaak, als het belang van de verkoper, die de (volledige) zaak weer kan opvorderen indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde prestatie.

Beide oplossingen doen recht aan het alternatieve karakter van het eigendomsvoorbehoud, dat inhoudt dat de verkoper pas aanspraak kan maken op de verkochte zaak (of de waarde daarvan die zich in dit geval manifesteert in de schadevergoedingsvordering) indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie en de verkoper overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud.²⁸⁰ Aldus wordt voorkomen dat de verkoper gedurende de periode van onzekerheid zowel aanspraak kan maken op betaling van de koopprijs, als op (een gedeelte van de waarde van) de verkochte zaak zelf, hetgeen namelijk indruist tegen de functie van het eigendomsvoorbehoud.²⁸¹ Eveneens wordt echter voorkomen dat (de waarde van) de zaak niet op goederenrechtelijke wijze voor de verkoper is veiliggesteld voor het geval dat de koper de verschuldigde prestatie niet voldoet.

Ook voorstelbaar is dat de verkoper en de koper onderling reeds voor het einde van de periode van onzekerheid tot een verdeling van de geïnde schadevergoedingsvordering willen komen, met name wanneer de verkochte zaak geheel is tenietgegaan. Voor de hand ligt bij de verdeling de afwikkelingsstand van de koopovereenkomst tot uitgangspunt te nemen. Het voordeel van de hier bepleite oplossing ten opzichte van de constructie van het BGH, waarbij wordt uitgegaan van twee separate vorderingen is daarbij gelegen in het feit dat de verkoper en de koper gedwongen worden te overleggen over de aanwending van de schadevergoeding en, indien zij tot een verdeling wensen over te gaan, een beslissing moeten nemen over de gevolgen van de verdeling voor het nog openstaande gedeelte van de koopprijsvordering, die de koper nog altijd dient te voldoen.²⁸² Indien partijen tussentijds de schadevergoedingsvordering namelijk onderling verdelen overeenkomstig de afwikkelingsstand van de overeenkomst, moet rekening worden gehouden met het feit dat de koper nog altijd de openstaande koopprijs moet voldoen. Met elke gedeeltelijke betaling van de koper daalt het geschade belang van de verkoper overeenkomstig, hetgeen tot gevolg zou moeten hebben dat de verkoper het aan hem toegewezen gedeelte van de schadevergoedingsvordering bij elke deelbetaling van de koper gedeeltelijk aan de koper zou moeten

280 Vgl. Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 611.

281 Zie over de functie hiervoor in hoofdstuk 2 en met betrekking tot de alternativiteit hoofdstuk 5, paragraaf 5.7.

282 Vgl. Raiser 1961, p. 83.

restitueren. Dit ‘sinnlose Hin- und Herzahlen’²⁸³ kunnen koper en verkoper vanzelfsprekend eenvoudig voorkomen door verrekening van de koopprijs met hetgeen de verkoper verkrijgt uit hoofde van de verdeling van de schadevergoeding. Per saldo wordt daarmee bewerkstelligd dat de toekenning van (het gedeelte van) de schadevergoedingsvordering tevens heeft te gelden als voldoening van de verschuldigde tegenprestatie door de koper, althans ten belope van het gedeelte dat aan de verkoper wordt toegekend. Daarbij verdient opmerking dat een dergelijke verdeling niet zonder meer in het belang van de koper is, omdat hij – afhankelijk van de betalingsvoorwaarden – daarmee zijn recht prijsgeeft om de verschuldigde prestatie in termijnen te voldoen. De verkoper verkrijgt in een dergelijk geval namelijk eerder dan op grond van de betalingsvoorwaarden het geval zou zijn de door de koper verschuldigde tegenprestatie. Met name wanneer de koopprijs tevens een rentecomponent bevat vanwege de uitgestelde betaling van de koper, verliest de koper hierdoor de renteopbrengst gedurende de periode van onzekerheid.

Tot slot verdient opmerking dat de hierboven beschreven problematiek zich ogenschijnlijk laat oplossen door in de wet een met artikel 3:229 BW vergelijkbare bepaling op te nemen voor het eigendomsvoorbehoud, die aan de verkoper een eersterangs pandrecht toekent ten aanzien van vorderingen die in de plaats treden van de verkochte zaak.²⁸⁴ Een zodanige oplossing bevredigt echter uitsluitend, wanneer tegelijkertijd wordt aanvaard dat de schadevergoedingsvordering in volle omvang toekomt aan de koper.²⁸⁵ Vanwege de opgeschorte werking van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde laat zich echter niet eenvoudig onderbouwen dat aan de koper reeds voor vervulling van de voorwaarde de volledige vordering wegens zaaksbeschadiging toekomt.

8.6 Varia

Hiervoor is aandacht besteed aan een aantal vragen rond het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, die nader inzicht geven in het karakter van dit recht en de verhouding tot het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de verkoper. Aan een tweetal voor de praktijk van belang zijnde vragen is daarbij nog geen aandacht besteed, omdat zij niet zozeer betrekking hebben op de verhouding van de beide eigendomsrechten. Zij worden hierna behandeld. Het gaat daarbij in de eerste plaats om de vraag in hoeverre de koper gedurende de periode van onzekerheid kan optreden tegen derden die een inbreuk maken op (het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde met betrekking tot) de verkochte zaak. Ten tweede wordt aandacht besteed aan de vraag in hoeverre het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde door verkrijgende verjaring kan worden verkregen.

²⁸³ Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 611.

²⁸⁴ Zie daarover hiervoor in hoofdstuk 7, paragraaf 7.3.3.

²⁸⁵ Vgl. Bloembergen 1965, p. 265 voetnoot 1.

8.6.1 Bevoegdheden jegens derden

Indien een derde een inbreuk maakt op de verkochte zaak, bijvoorbeeld door deze de koper te ontvreemden, kan de verkoper op grond van zijn eigendomsrecht afgifte vorderen van de dief. Aan de eigenaar komt immers de bevoegdheid toe de zaak van een ieder op te vorderen die haar zonder recht houdt (art. 5:2 BW). Wanneer de verkoper de zaak vervolgens weer onder zich krijgt, zal hij verplicht zijn de koper weer de feitelijke macht over de zaak te verschaffen, nu uit de koopovereenkomst voortvloeit dat de koper gerechtigd is tot het gebruik van de zaak.

Het is de vraag of deze bevoegdheid uitsluitend aan het actieve, werkende eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde is verbonden, of dat ook de koper op grond van zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zelfstandig jegens de derden kan ageren door de zaak van hem op te vorderen. Komt ook aan de koper, al dan niet bij wijze van analogie, de revindicatievordering van artikel 5:2 BW toe? Voor de koper is de mogelijkheid om de zaak van derden op te vorderen met name van belang in het geval dat de verkoper niet overgaat tot opvordering van de zaak, waartoe voor hem (vooralsnog) minder aanleiding bestaat, omdat de koper gehouden blijft de koopprijs te voldoen.²⁸⁶

Het toekennen van een opeisingsbevoegdheid aan de koper lijkt op gespannen voet te staan met de exclusiviteit van het eigendomsrecht, omdat zij leidt tot een verdubbeling van de aan het eigendomsrecht verbonden bevoegdheden, althans in ieder geval een verdubbeling van de revindicatiebevoegdheid. Door een aantal Duitse auteurs wordt om die reden aangenomen dat aan de koper niet de bevoegdheid toekomt om de zaak van derden op te vorderen (§ 985 BGB). Zo merkt Westermann op dat de opeisingsbevoegdheid ‘durch die bedingte Verfügung nicht verdoppelt werden kann.’²⁸⁷ Een meerderheid in de Duitse literatuur aanvaardt daarentegen dat ook de koper de bevoegdheid heeft om de zaak van een derde op te eisen.²⁸⁸ De schrijvers die een zodanige bevoegdheid niet aannemen, gaan er veelal van uit dat de verkoper de koper in ieder geval kan machtigen om de zaak van derden op te vorderen, waarbij bovendien vaak wordt opgemerkt dat een zodanige machtiging als stilzwijgend overeengekomen besloten ligt in de koopovereenkomst op grond waarvan de koper de zaak voor de verkoper houdt.²⁸⁹ Voor het Duitse recht is deze kwestie echter minder van belang, nu het Duitse recht iedere houder als *Besitzer* aanmerkt. Als *Besitzer* kan de koper onder eigendomsvoorbehoud alle op de politionele functie van het *Besitz* gebaseerde rechtsvorderingen instellen, zoals de aanspraak op *Wiedereinräumung* van het *Besitz* jegens degene die door ‘verbotene Eigenmacht’ de koper de feitelijke macht over de zaak heeft ontnomen (§ 861 BGB). Daarnaast verleent § 1007 BGB aan de

²⁸⁶ Vgl. Vriesendorp 1985a, p. 61.

²⁸⁷ MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 42. Zie ook Gudian 1967, p. 1787.

²⁸⁸ Schnorr von Carolsfeld 1939, p. 179, Raiser 1961, p. 75-76, Forkel 1962, p. 210-211, Serick 1963, p. 276-277, Schwerdtner 1980, p. 664-665, Soergel/Henssler 2002, Anh. zu § 929 BGB, Rn. 82, Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 827 en Wilhelm 2010, p. 919.

²⁸⁹ Gudian 1967, p. 1787, Brox 1984, p. 660, Staudinger/Bork 2015, Vorbem. zu §§ 158 ff BGB, Rn. 69 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 42.

voormalige *Besitzer* ook een quasi-goederenrechtelijke opvorderingsbevoegdheid, die enigszins doet denken aan de op de goederenrechtelijke functie van het bezit gebaseerde rechtsvordering.²⁹⁰ Relevantie heeft de aanspraak van § 985 BGB dan slechts voor gevallen waarin deze bezitsbescherming niet kan slagen.

Het Nederlandse recht kent daarentegen geen rechtsvorderingen ter bescherming van houderschap,²⁹¹ waardoor het van praktisch belang is of de koper een goederenrechtelijke opeisingsbevoegdheid heeft. Dat is naar mijn mening het geval.²⁹² Daarvoor is beslissend dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, zoals hiervoor is onderbouwd, een goederenrechtelijk recht is, dat de koper aan derden kan tegenwerpen. Inherent aan het goederenrechtelijk karakter van dit recht is dat derden zich moeten onthouden van inbreuken en dat de rechthebbende tegen inbreuken kan optreden.²⁹³ Deze bevoegdheid om de zaak van derden op te vorderen kan rechtstreeks worden gebaseerd op artikel 3:296 BW, dat de grondslag vormt voor alle goederenrechtelijke opeisingsbevoegdheden.²⁹⁴ De opvorderingsbevoegdheid van de koper laat zich daarnaast verklaren als uitvloeisel van de voorwerkingen van de voorwaardelijke beschikking, waaruit voortvloeit dat aan de koper de bevoegdheden toekomen die noodzakelijk zijn tot behoud en verkrijging van diens rechtspositie.²⁹⁵

De in de Duitse literatuur wel genoemde bezwaren die pleiten tegen toekenning van een opvorderingsbevoegdheid aan de koper, acht ik daarbij niet doorslaggevend. Dat hierdoor sprake is van een vermenigvuldiging van de revindicatiebevoegdheid, is juist, maar niet bezwaarlijk. De vermenigvuldiging van de opvorderingsbevoegdheid is geenszins een bijzonderheid van de overdracht onder voorwaarde. Ook de vestiging van een beperkt recht leidt immers in zekere zin tot een verdubbeling van de aan de aan het eigendomsrecht verbonden revindicatiebevoegdheid, nu na vestiging van het beperkte recht zowel aan de eigenaar als aan de beperkt gerechtigde een goederenrechtelijke opeisingsbevoegdheid toekomt.²⁹⁶ Evenmin overtuigend acht ik het in de Duitse literatuur genoemde

290 Brox 1984, p. 659-660, Baur/Baur & Stürner 2009, p. 851 en Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 69. Zie over de rechtsnatuur van de bepaling MünchKomm-BGB/Baldus 2017, § 1007 BGB, Rn. 1 e.v.

291 Zie daarover kritisch met name A.W.F. Middelberg, 'Bezit en bezitsbescherming in de Nederlandse Wetboeken en Ontwerp-Wetboeken', *WPNR* 1956 (4435), p. 97-99, H.C.F. Schoordijk, 'Enige opmerkingen over de bescherming van bezitters en houders in de zienswijze van Van Oven, naar het oud-nederlands recht van voor en na Hugo de Groot, naar Engels recht en naar Nieuw BW', in: J.M. van Dunné e.a., *Na oorlog en vrede*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 79-95 (waarover M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1270-1271 en de reactie van Schoordijk 1986, p. 400-403) en Van Schaick 2014, nr. 61.

292 Zo ook N.E.D. Faber & S.C.J.J. Kortmann in punt 8 van hun noot onder HR 3 juni 2016, *JOR* 2016, 287 (*Rabobank/Reuser*) en Schuijling 2017, p. 20. Anders: Rongen 2017, p. 223. Onduidelijk: Scheltema 2017, p. 100 volgens wie de koper niet de volle eigendom kan revindiceren, maar eventueel wel het voorwaardelijk eigendomsrecht.

293 Vgl. voor de DCFR Von Bar & Clive 2009, p. 4290 alwaar wordt opgemerkt dat de kwalificatie van het *contingent right* van art. VIII.-2:307 DCFR als goederenrechtelijk recht tot gevolg heeft 'that the holder of such a right (...) can protect the right against third persons.'

294 Zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 71, alwaar wordt opgemerkt dat art. 5:2 BW in zekere zin overbodig is, omdat de rechtsvordering reeds voortvloeit uit art. 3:296 BW. Vgl. J.E. Jansen, 'Goederenrechtelijke rechtsvorderingen tot afgifte', *RMThemis* 2014, p. 275.

295 Zie over de voorwerking als verklaring van het voorwaardelijk eigendomsrecht en de daaruit voortvloeiende bevoegdheden hiervoor in paragraaf 8.2.5 en 8.4.2.

296 Vgl. Klang/Kodek 2011, § 309 ABGB, Rn. 22 die opmerkt dat in dergelijke gevallen sprake is van 'doppelter Besitz'.

bezwaar dat hierdoor sprake zou zijn van twee ‘konkurrierende Eigentumsansprüche wegen der gleichen Sache’,²⁹⁷ nu de beide opeisingsbevoegdheden per saldo niet met elkaar conflicteren, nu ook de verkoper uiteindelijk verplicht is de zaak weer aan de koper af te staan.²⁹⁸

In het Oostenrijkse recht wordt geen aandacht besteed aan de vraag of de koper een revindicatiebevoegdheid heeft, maar concentreert de discussie zich rond de vraag of aan de koper de *publizianische Klage* van § 372 ABGB toekomt.²⁹⁹ Op grond van die bepaling wordt de voormalig bezitter die ‘den gültigen Titel und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist’, bewijst ten opzichte van de huidige bezitter van de zaak ‘der keinen, oder nur einen schwächern Titel seines Besitzes anzugeben vermag’ als de ‘wahren Eigenthümer’ beschouwd, als gevolg waarvan de bezitter met het betere recht de zaak kan opvorderen van de bezitter met het mindere recht. Hiermee heeft het Oostenrijkse recht de *actio Publiciana* gecodificeerd, die ertoe strekt de bezitter die bezig is door verjaring eigenaar te worden te beschermen tegen bezitsverlies door derden met een minder recht door hem jegens die derden te beschouwen als eigenaar.³⁰⁰ Deze op de goederenrechtelijke functie van het bezit gebaseerde vordering kent het Nederlandse recht in artikel 3:125 BW, dat aan degene die het bezit van een goed heeft verkregen de bevoegdheid verleent om jegens derden dezelfde rechtsvorderingen in te stellen als de rechthebbende, tenzij de derde een beter recht heeft tot het houden van het goed. Voor het Nederlandse recht laat zich op vergelijkbare wijze de vraag stellen of de koper de bevoegdheden van artikel 3:125 BW toekomen, hetgeen met name van belang is indien men zou aannemen dat de koper geen opvorderingsbevoegdheid kan ontlenen aan artikel 3:296 BW of het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, waarop de bevoegdheid van artikel 3:296 BW kan worden gebaseerd, niet rechtsgeldig tot stand is gekomen.

Artikel 3:125 BW is, net als de overige bezitsbepalingen van het BW, niet beperkt tot het bezit van zaken, maar heeft ook betrekking op bezit van goederen. Hoewel de koper weliswaar geen bezitter van de zaak is,³⁰¹ is hij wel bezitter van zijn voorwaardelijk eigendomsrecht.³⁰² Als bezitter van zijn voorwaardelijk eigendomsrecht kan hij dus zonder meer de rechtsvorderingen van artikel 3:125

297 Wolff & Raiser 1957, p. 12, voetnoot 17 en Brox 1984, p. 660. Zie echter ook Raiser 1961, p. 75-76.

298 Vgl. Forkel 1962, p. 210-211 en Lux 2004, p. 152. Bij de samenloop van de rechtsvorderingen van de eigenaar en de beperkt gerechtigde heeft de wetgever het problematisch geacht dat de derde op dezelfde rechtsgrond door twee verschillende personen kan worden aangesproken, waardoor hij heeft bepaald dat de een de ander tijdig in het geding moet roepen. Zie bijv. t.a.v. art. 3:245 BW M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 770. Dat is evenmin een bezwaar tegen de hier bepleite benadering, nu het probleem zich laat voorkomen door een regel met een dergelijke strekking ook te aanvaarden in dit geval. Zie t.a.v. het vergelijkbare probleem van houderschapsbescherming Van Schaick 2014, nr. 61 onder verwijzing naar HR 24 januari 1992, *NJ* 1992, 280 (*Van Aken/Heideman*). Zie ook Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 576 onder verwijzing naar § 348 ABGB.

299 Zie met verdere verwijzingen Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 572 e.v. en Klang/Kodek 2011, § 372 ABGB, Rn. 13. Zie ook voor Duitsland MünchKomm-BGB/Baldus 2017, § 1007 BGB, Rn. 11 over de toepasselijkheid van § 1007 BGB op de koper onder eigendomsvoorbehoud, die opmerkt dat wanneer men aanneemt dat de koper kan ageren op grond van § 985 BGB aan toepassing van § 1007 BGB geen behoefte is en omgekeerd.

300 Zie de verwijzingen in voetnoot 306.

301 Anders: Vriesendorp 1985a, p. 33-45, die op p. 61-62 dan ook tot rechtstreekse toepasselijkheid van art. 3:125 BW kan concluderen.

302 Zie daarover hierna in paragraaf 8.9.2.

BW instellen tegen derden.³⁰³ Daarvoor pleit bovendien dat de figuur van rechtsbezit juist tot ontwikkeling is gekomen om aan goederenrechtelijk gerechtigden die weliswaar feitelijke macht over een zaak uitoefenen, maar haar niet bezitten, op vergelijkbare wijze bezitsbescherming te verlenen als aan de bezitter van een zaak.³⁰⁴ In de Oostenrijkse literatuur is door Bydlinski bovendien op overtuigende gronden uiteen gezet dat ook een inhoudelijke vergelijking van de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud en de bezitter noopt tot een overeenkomstige toepassing van de *publizianische Klage* van § 372 ABGB, die slechts betrekking heeft op het bezit van zaken, op de koper onder eigendomsvoorbehoud.³⁰⁵ Beschouwt men namelijk § 372 ABGB en artikel 3:125 BW als bepalingen die onder meer bescherming bieden aan het ‘wordende eigendom’,³⁰⁶ dat wil zeggen: de bescherming van degene die op weg is (door verjaring) het goed te verkrijgen ten opzichte van degene die een minder sterk recht hebben, dan ligt analoge toepassing op de koper onder eigendomsvoorbehoud sterk voor de hand. Deze is immers zonder twijfel ook op weg de (onvoorwaardelijke) eigendom van de zaak te verkrijgen. Waar de verjaringsbezitter wordt beschermd omdat zijn rechtsverkrijging enkel nog afhangt van het verstrijken van een bepaalde tijd, ligt het voor de hand de koper onder eigendomsvoorbehoud dienovereenkomstig te behandelen, nu zijn rechtsverkrijging enkel nog afhankelijk is van de betaling van de koopprijs. Terecht merkt Bydlinski op dat de vergelijking van hun beider posities zelfs *a fortiori* voor de bescherming van de koper pleit: als de wet het verkrijgingsvooruitzicht van de verjaringsbezitter beschermt, moet dat des te meer gelden voor de koper.³⁰⁷ Terwijl de verwachting van de verjaringsbezitter minder sterk is, nu diens rechtsverkrijging op ieder moment gefrustreerd kan worden door opvordering van de zaak door de echte eigenaar, is de positie van de koper sterker, nu zijn rechtsverkrijging op geen enkele wijze kan worden verhinderd en enkel afhankelijk is van de betaling van de koopprijs, hetgeen hij zelf in de hand heeft. Om deze redenen moet worden aangenomen dat aan de koper niet alleen de opvorderingsbevoegdheid van artikel 3:296 BW toekomt, maar ook de op het bezit van zijn voorwaardelijk eigendomsrecht gebaseerde vorderingen van artikel 3:125 BW.

8.6.2 Verrijking door verjaring

Met de erkenning van de rechtspositie van de koper als zelfstandig goederenrechtelijk recht, is in theorie ook de verkrijgende verjaring van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde denkbaar.³⁰⁸ Bij het eigendomsvoorbehoud laat zich een dergelijke situatie echter niet eenvoudig voorstellen, onder meer als

303 Kennelijk anders Rongen 2017, p. 223.

304 Zie – naast het in paragraaf 8.9.2 aan te halen citaat van Von Savigny – Van Oven 1905, p. 153-155 en MünchKomm-BGB/Joost 2016, Vorbem. zu §854 ff BGB, Rn. 7.

305 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 574-575. Zie ook Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 70, Klang/Kodek 2011, § 372 ABGB, Rn. 13 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 35. Voor Duitsland wordt een analoge toepassing van § 1007 BGB op vergelijkbare gronden bepleit door MünchKomm-BGB/Baldus 2017, § 1007 BGB, Rn. 11.

306 Zie over die functie Van Oven 1905, p. 13-15, Van Oven 1958, p. 231, Klang/Kodek 2011, § 372 ABGB, Rn. 1 en MünchKomm-BGB/Baldus 2017, § 1007 BGB, Rn. 3.

307 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 574-575.

308 Zo ook Klang/Gusenleiter-Helm 2012, § 1455 ABGB, Rn. 54.

gevolg van het causale karakter van het voorwaardelijk eigendomsrecht. Vanwege de koppeling van de eigendomsovergang aan de betaling van de koopprijs is het voorwaardelijk recht in zijn totstandkoming en voortbestaan afhankelijk van het bestaan van de koopovereenkomst. Het ontstaan door verkrijgende verjaring van een eigendomsrecht dat afhankelijk is gesteld van de betaling van de koopprijs kan derhalve slechts aan de orde zijn, indien er een koopovereenkomst bestaat op grond waarvan betaling kan plaatsvinden, die kan leiden tot vervulling van de voorwaarde.

De verkrijgende verjaring van een voorwaardelijk eigendomsrecht kan zich bij een eigendomsvoorbehoud dus enkel voordoen in het zeldzame geval dat wel een koopovereenkomst tot stand is gekomen, maar geen overdracht onder opschortende voorwaarde. Daarvan zal slechts sprake zijn indien ondanks de geldigheid van de koopovereenkomst, sprake is van een gebrek in een van de overdrachtsvereisten, waardoor geen verkrijging van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft kunnen plaatsvinden. Ook denkbaar is dat een verkrijging door verjaring plaatsvindt door een rechtsopvolger van de koper, die ervan uitging dat de koper eigenaar onder opschortende voorwaarde was, terwijl hij dat in werkelijkheid niet was. Wanneer de verkoper en de koper bijvoorbeeld overeenkomen dat voor betaling van de koopprijs in het geheel geen overdracht wordt bewerkstelligd – en dus ook de levering pas plaatsvindt na betaling van de koopprijs – verkrijgt de koper geen voorwaardelijk eigendomsrecht. Indien de koper vervolgens beoogt aan een derde zijn niet-bestaande voorwaardelijk eigendomsrecht over te dragen, is denkbaar dat de derde te goeder trouw aanneemt dat een voorwaardelijke overdracht tot stand is gekomen. Hoewel artikel 3:86 BW op een zodanig geval niet van toepassing is,³⁰⁹ kan de derde wel na verloop van drie jaren door verkrijgende verjaring alsnog een voorwaardelijk eigendomsrecht verkrijgen (art. 3:99 BW).

Bij gevallen van verkrijgende verjaring van een voorwaardelijk eigendomsrecht in geval van eigendomsvoorbehoud gaat het derhalve om gevallen die zich bevinden op de rafelranden van het vermogensrecht. Wat de verkrijging door verjaring van een voorwaardelijk eigendomsrecht in het algemeen moeilijk zal maken, is dat op de een of andere wijze het voorwaardelijk karakter van het recht zich moet manifesteren in de wijze waarop de pretense rechthebbende de macht uitoefent over zaak.

8.7 Consequenties voor de positie van de verkoper

Wat zijn de consequenties van de voorgaande karakterisering van de positie van de koper als voorwaardelijk eigenaar voor de positie van de verkoper? In zowel de Nederlandse alsook Duitse literatuur wordt door een aantal auteurs opgemerkt dat aan de omstandigheid dat de koper reeds terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde (voor Duitsland: *Anwartschaftsrecht*) verkrijgt waaraan

309 Zie hierna in paragraaf 8.9.4.

bepaalde bevoegdheden zijn verbonden, de consequentie zou moeten worden verbonden dat de positie van de verkoper wordt hergekwalificeerd tot die van een pandhouder, terwijl de koper als ‘echte’ eigenaar zou moeten worden aangemerkt.³¹⁰

In de voorgaande hoofdstukken is de (her)kwalificatie van de positie van de verkoper als pandhouder reeds bestreden voor zover deze gebaseerd werd op het zekerheidskarakter van het eigendomsvoorbehoud. Maar een zodanige herkwalificatie van de positie van de verkoper is evenmin aangewezen of wenselijk, wanneer men haar baseert op de verhouding van de verkoper en de koper gedurende de periode van onzekerheid. Het is in dat verband van belang het eigendomsrecht en de zaak niet zonder meer te vereenzelvigen. Hoewel zulks in het algemeen niet problematisch is,³¹¹ is de situatie gedurende de periode van onzekerheid bij een voorwaardelijke overdracht bij uitstek een geval waarin niet tot een zodanige ongereflecteerde vereenzelving kan worden overgegaan.³¹²

Het voorwaardelijk eigendomsrecht van de koper heeft vanwege de opschortende voorwaarde namelijk nog geen werking en schept derhalve in beginsel ook geen bevoegdheden ten aanzien van de zaak. De koppeling tussen het voorwaardelijk eigendomsrecht en de zaak is derhalve latent, omdat zij is uitgesteld door de opschortende voorwaarde. Het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van de verkoper is het werkende recht, waaraan alle eigenaarsbevoegdheden zijn verbonden. Zolang het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde immers geen werking verkrijgt, kan de koper daaraan geen eigenaarsbevoegdheden ten aanzien van de zaak ontleen. Vanwege de aan het eigendomsrecht van de verkoper verbonden bevoegdheden, kan men slechts dit eigendomsrecht vereenzelvigen met de zaak. In zoverre kan men gerust stellen dat de verkoper nog eigenaar is van de zaak.

Wel komen aan de koper op basis van de voorwerking van de voorwaardelijke overdracht reeds enkele bevoegdheden toe. Bedacht moet echter worden dat deze bevoegdheden er slechts toe strekken te waarborgen dat de vervulling van de voorwaarde leidt tot eigendomsverkrijging, zodat zij niet conflicteren met het eigendomsrecht van de verkoper. Gemene deler van deze bevoegdheden blijft dat de verkoper vooralsnog eigenaar is en de aan het eigendomsrecht verbonden bevoegdheden kan uitoefenen, maar dat de koper in staat is te voorkomen dat tussentijdse gebeurtenissen diens eigendomsverkrijging bij vervulling van de voorwaarde zouden verijdelen. In de verhouding tussen verkoper en koper blijft derhalve de bevoegdhedenverdeling in de koopovereenkomst beslissend, hetgeen onder meer tot uitdrukking komt in het causale karakter van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.

310 Zie voor pleidooien het eigendomsvoorbehoud vorm te geven als een pandrecht in het bijzonder vanwege de onduidelijkheid van de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid o.m. Zwalve 2006, p. 201-202, Struycken 2007, p. 568, Wibier 2016, p. 209-215 en Loof 2016, p. 822. Zie voor het Duitse recht o.m. Wieacker 1938, p. 590-594, Blomeyer 1939, p. 186 e.v. en Hübner 1980, p. 729-735. Zie voor de kwalificatie van het *Anwartschaftsrecht* als pandrecht van de koper dat de vordering tot eigendomsverschaffing verzekert Harke 2006, p. 385-389.

311 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 63. Zie over de vereenzelving van eigendom en zaak in uiteenlopende zin en met verdere verwijzingen De Jong 2006, p. 56-60, Struycken 2007, p. 93-109 en Mollema 2013, p. 142-147.

312 Zie hierover met name de noot van F.M.J. Verstijlen onder HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 (*Rabobank/Reuser*). Vgl. ook in meer algemene zin Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 55.

8.8 Tussenconclusie

In het voorgaande is de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde als vertrekpunt genomen voor de kwalificatie van de rechtspositie van de koper gedurende de periode van onzekerheid. Tot een daadwerkelijke kwalificatie van de rechtspositie van de koper kan men namelijk pas komen nadat duidelijk is geworden op welke wijze de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde is gewaarborgd. Artikel 3:84 lid 4 BW speelt in dat verband een beslissende rol. Op grond van die bepaling verkrijgt de koper uit hoofde van de overdracht onder opschortende voorwaarde terstond een recht dat is onderworpen aan dezelfde voorwaarde. Doordat de koper aldus direct een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt, is het eigendomsrecht van de verkoper dienovereenkomstig beperkt. Aangezien dit eigendomsrecht zelfstandig kan uitgroeien tot het onvoorwaardelijk eigendomsrecht in het vermogen van de koper, wordt de eigendomsverkrijging van de koper niet bedreigd door tussentijdse beschikkingen gedurende de periode van onzekerheid.

Vervolgens is nader ingegaan op de bezwaren tegen deze benadering en is onderzocht hoe het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde valt te karakteriseren en hoe dit recht zich verhoudt tot het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Gebleken is daarbij dat zowel het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper als de daaraan verbonden bevoegdheden ertoe strekken te waarborgen dat vervulling van de voorwaarde het beoogde rechtsgevolg heeft, zodat dit recht en de daaraan verbonden bevoegdheden een uitvloeisel zijn van de *Vorwirkungen* van de opschortend voorwaardelijke overdracht.³¹³ In het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde laten zich daarmee twee functies ontwaren, die weliswaar te onderscheiden zijn, maar tegelijkertijd nauw met elkaar zijn verbonden. Het gaat daarbij om de verkrijgingsfunctie (*Erwerbsfunktion*) en de beschermingsfunctie (*Schutzfunktion*).³¹⁴ Het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is een figuur die dient ter overbrugging van de periode van onzekerheid. Omdat de verkrijger terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt, is dat eigendomsrecht immuun tegen gebeurtenissen in de periode van onzekerheid die de onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging zouden kunnen vrijdelen, waardoor de verkrijging

313 Vgl. Flume 1962, p. 394-395: 'Das Anwartschaftsrecht ist nichts anderes als die begriffliche Zusammenfassung der Vorwirkungen des bedingten Eigentumserwerbs vor Eintritt der Bedingung', zij het dat Flume 1992, p. 707-714 een beperkte voorstelling heeft van de omvang van deze *Vorwirkungen*. Zie ook Wilhelm 2010, p. 909 volgens wie het bij het *Anwartschaftsrecht* gaat om 'die Konsequenzen aus dem gesetzlichen Schutz' van § 161 BGB. In gelijke zin MünchKomm-BGB/Westermann 1995, § 455 BGB, Rn. 47. Zie voor Oostenrijk Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 561 en Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB, Rn. 52.

314 Zie over de *Erwerbsfunktion* van het *Anwartschaftsrecht* uitvoerig Forkel 1962, p. 23 e.v. en met betrekking tot de *Schutzfunktion* met name p. 28-30 en voorts p. 59-62. Zie voorts Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 69 en Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 66. Zie voor de bescherming van het belang van de koper voorts Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 560. Kernachtig komen deze twee functies tot uitdrukking bij Von Jhering 1871, p. 458 die opmerkt 'daß zu Gunsten eines in der Entstehung begriffenen Rechts, also um eines künftigen Zwecks willen schon jetzt Beschränkungen Platz greifen, welche dessen künftige Verwirklichung vorbereiten und sicher stellen sollen.'

van de eigendom bij vervulling is gewaarborgd. De aan dat recht verbonden bevoegdheden strekken ertoe dat deze overbruggingsfiguur ook ten opzichte van derden zijn belofte kan waarmaken, in die zin dat de vervulling van de voorwaarde leidt tot verkrijging van de onvoorwaardelijke eigendom.

Aldus is het voorwaardelijk eigendomsrecht niet slechts een wenselijkheidsproduct, dat er slechts toe strekt banken een extra vermogensbestanddeel als voorwerp voor een zekerheidsrecht te bieden, maar een onontbeerlijk recht ter bescherming van de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid.

8.9 Beschikken over eigendom onder opschortende voorwaarde

Met de vaststelling dat de koper vanaf het moment dat de overdracht onder opschortende voorwaarde door de machtsverschaffing van artikel 3:91 BW tot stand komt, een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt, stelt zich de vraag of, en zo ja, op welke wijze de koper ook kan beschikken over dit voorwaardelijk eigendomsrecht. Die vraag staat in deze paragraaf centraal. Met de vaststelling dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde een goederenrechtelijk recht is, is de overdraagbaarheid van dat recht eigenlijk als vanzelfsprekend gegeven (zie hierna in paragraaf 8.9.1). In de volgende paragrafen wordt onderzocht op welke wijze de beschikking over het voorwaardelijk eigendomsrecht moet plaatsvinden en wat de rechtsgevolgen zijn van een zodanige beschikking. De wetgever heeft daarover niets geregeld. Dat behoeft geen verbazing te wekken, omdat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde niets anders is dan een ‘gewoon’ eigendomsrecht, met dien verstande het recht afhankelijk is van een voorwaarde.³¹⁵ Een beschikking dient derhalve te geschieden overeenkomstig de regels die voor het onvoorwaardelijke eigendomsrecht gelden.³¹⁶

Toch bestaat er wel een aantal complicaties bij de beschikking over voorwaardelijke eigendom. Zij laten zich terugvoeren op de bijzondere omstandigheid dat een voorwaarde is verbonden aan dit recht. In het navolgende is de aandacht dan ook hoofdzakelijk gericht op dit aspect, namelijk op welke wijze en in hoeverre bij de geldende regels voor beschikkingshandelingen rekening moet worden gehouden met het feit dat sprake is van een eigendomsrecht dat beperkt is door de voorwaarde en wat de gevolgen daarvan zijn.

Bij de mogelijkheid om te beschikken over het voorwaardelijk eigendomsrecht gaat het (in beginsel) om een *onvoorwaardelijke* beschikking over een voorwaardelijk recht. De gedachte dat de voorwaardelijkheid van het recht tot gevolg heeft dat de eigenaar onder voorwaarde slechts zou kunnen beschikken onder dezelfde voorwaarde, moet worden verworpen, omdat de voorwaardelijkheid betrekking heeft op het recht zelf dat wordt overgedragen en niet op de rechtsgevolgen

315 Vgl. Rongen 2014, p. 312-313. Anders: Wibier 2012, p. 310 en Nieuwesteeg 2015, p. 173 volgens wie de wetgever het wel uitdrukkelijk zou hebben geregeld, als het zou kunnen. Zie ook Wibier 2016, p. 213-214.

316 Mezas 1985, p. 49, Scheltema 2013, p. 163, Kortmann in punt 4 van diens noot onder HR 28 november 2014, *JOR* 2015, 26 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 551. Zie voor Oostenrijk Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 588. Voor het Duitse recht wordt dit ook algemeen aangenomen. Zie Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 71, Bülow 2012, p. 251, Staudinger/Wiegand 2017, § 929 BGB, Rn. 7 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 17.

van de overdracht van dat recht. Hoewel dit onderscheid wel eens uit het oog wordt verloren,³¹⁷ geldt dat de voorwaardelijke overdracht van een voorwaardelijk recht een geheel andere figuur is dan een onvoorwaardelijke overdracht van het voorwaardelijke recht.

Voorafgaand aan de bespreking van de vragen rond de beschikking over voorwaardelijke eigendom verdient het volgende opmerking. De vraag of de koper kan beschikken over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is voor de praktijk een van de belangrijkste vragen rond de rechtspositie van de koper. Met name wanneer de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak een substantiële waarde vertegenwoordigt en de koper niet in staat is om binnen afzienbare tijd de gehele koopprijs te voldoen, kan de koper door een beschikking over het voorwaardelijk eigendomsrecht de reeds betaalde koopprijs mobiliseren. Dit verklaart de uitgebreide aandacht in de literatuur voor de vraag of het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verpand kan worden. Het belang van de mogelijkheid om te beschikken over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde moet echter ook niet overschat worden. De verkrijger van (een beperkt recht op) het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, verkrijgt een recht dat afhankelijk is van een voorwaarde. Aangezien de vraag of deze voorwaarde in vervulling gaat zich in de eerste plaats afspeelt in de relatie tussen de verkoper en de koper, verkrijgt degene die (een beperkt recht op) het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt een recht waarvan het lot onzeker is. Hij zal er niet zonder meer van uit (kunnen) gaan dat de koper de koopprijs voldoet, hetgeen een drukkend effect heeft op de waarde van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, nu de kans bestaat dat de verkrijger zelf de nog openstaande vordering moet voldoen teneinde het eigendomsrecht uit te laten groeien tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht. Daarnaast zal voor de verkrijger van (een beperkt recht op) het voorwaardelijk eigendomsrecht niet altijd duidelijk zijn wat precies de inhoud is van de voorwaarde waarvan het recht afhankelijk is. Zo kan bij een verbreed eigendomsvoorbehoud onduidelijk zijn voor welke vorderingen het eigendomsvoorbehoud is bedongen. Tot slot hangt het risico van ontbinding altijd als een zwaard van Damocles boven het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, nu ontbinding van de koopovereenkomst waarin het eigendomsvoorbehoud is bedongen, vanwege het causale karakter van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde bij eigendomsvoorbehoud, tot gevolg heeft dat het recht vervalt.³¹⁸ Daarmee is het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde voor derden een tamelijk onzeker recht.³¹⁹

317 Zie bijv. HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), rov. 4.2.3, alwaar wordt opgemerkt dat de koper onder eigendomsvoorbehoud zijn voorwaardelijk eigendomsrecht 'dan ook slechts onder diezelfde voorwaarde [kan] vervreemden of bezwaren.' Zie ook hiervoor in voetnoot 108 en hierna in voetnoot 367.

318 Zie hiervoor in paragraaf 8.4.5.

319 Raiser 1961, p. 32. Vgl. voor Oostenrijk Frotz 1970, p. 73 en Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 589: 'Die Schwäche der Position jedes Zweiterwerbers des Anwartschaftsrechts, die im Bereich der Sicherungsrechte besonders auffällt, besteht darin, daß das Schicksal des Anwartschaftsrecht (...) vom Schicksal des Vorbehaltskaufs abhängt, an dem der Zweiterwerber nicht beteiligt ist.' Vgl. ook Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 72. Nog sceptischer is Wibier 2013, p. 290: 'Niemand draagt natuurlijk een verwachtingsrecht over.' Zie ook Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 411.

Gelet op deze onzekerheid valt te verwachten dat de mogelijkheid om te beschikken over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde in de praktijk hoofdzakelijk beperkt blijft tot het in onderpand geven van dit recht in het kader van kredietverschaffing. Een kredietverschaffer is op de hoogte van bovengenoemde onzekerheden en zal de risico's aanvaarden en verdisconteren in het te verschaffen krediet en het rentepercentage. Illustratief is dat de mogelijkheid om te beschikken over het *Anwartschaftsrecht* in de Oostenrijkse praktijk nauwelijks tot wasdom lijkt te zijn gekomen, vanwege het feit dat zowel voor de verpanding van dit recht als de zekerheidsoverdracht publiciteitseisen gelden, als gevolg waarvan de zaak waarop het *Anwartschaftsrecht* betrekking heeft uit de macht van de koper zou moeten worden gebracht.³²⁰ Aan het beschikken over het *Anwartschaftsrecht* bestaat blijkbaar geen behoefte wanneer het zekerheidsmotief ontbreekt.

8.9.1 Overdraagbaarheid

Aangezien het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde een eigendomsrecht is als elk ander eigendomsrecht, volgt de overdraagbaarheid van het recht uit artikel 3:83 lid 1 BW.³²¹ Dat dit eigendomsrecht als bijzonderheid heeft dat het (voort)bestaan afhankelijk is gesteld van de opschortende voorwaarde, doet voor de overdraagbaarheid daarvan niet ter zake.³²² Dat blijkt ook uit een vergelijking met het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Voor dit eigendomsrecht wordt algemeen aangenomen in literatuur, rechtspraak en de parlementaire geschiedenis dat dit recht overdraagbaar is, in die zin dat het recht kan worden overgedragen met de beperking van de voorwaarde. Als de voorwaardelijkheid van het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde niet in de weg staat aan de overdraagbaarheid, valt niet goed in te zien waarom de voorwaardelijkheid van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde een obstakel zou zijn voor de overdraagbaarheid.³²³

Uit het feit dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zich niet onderscheidt van een onvoorwaardelijk eigendomsrecht, volgt ook dat de overdraagbaarheid van het eigendomsrecht niet door een beding kan worden uitgesloten.³²⁴ Een dergelijk onoverdraagbaarheidsbeding komt in strijd met de principiële keuze voor de verhandelbaarheid van eigendomsrechten en beperkte rechten (art. 3:83 lid 1 BW).³²⁵ In het Duitse recht wordt de onmogelijkheid van uitsluiting van de overdraagbaarheid van het *Anwartschaftsrecht* gebaseerd op een analogieredenering. Omdat het *Anwartschaftsrecht* geen andersoortig recht zou zijn dan een eigendomsrecht, worden de voor eigendomsrechten geldende regels ook toegepast op het *Anwartschaftsrecht*. § 137 BGB, dat bepaalt dat overdraagbare

320 Vgl. Klang/Klang 1950, § 425 ABGB, p. 313, Edlbacher 1966, p. 251 en Harrer 1969, p. 37.

321 Van Hees 1997, p. 101, Faber 2007, p. 55 (anders nog: Faber 1997, p. 218-219), Rongen 2014, p. 312 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 550. Zie reeds Van Dijk 1940, p. 67-68. Anders: Wibier 2012, p. 310.

322 Mezas 1985, p. 45-46. Vgl. ook Scheltema 2013, p. 163. Zie voor Oostenrijk Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 586.

323 Vgl. Letzgus 1938, p. 12-13 en Zwitser 1993, p. 528.

324 Mezas 1985, p. 47, Scheltema 2003, p. 379 en HR 3 juni 2016, NJ 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), rov. 5.2.2. Zie voor Oostenrijk Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 587.

325 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 314.

rechten niet door een rechtshandeling onoverdraagbaar kunnen worden gemaakt, wordt dan ook toegepast op het *Anwartschaftsrecht*.³²⁶ Voor het Nederlandse recht is een dergelijke analogieredenering overbodig: het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is immers niets anders dan een eigendomsrecht.³²⁷

Het is de vraag of het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde bij een eigendomsvoorbehoud vanwege het causale karakter indirect wél onoverdraagbaar kan worden gemaakt. Artikel 3:83 lid 1 BW treft namelijk geen obligatoire beperkingen van de overdraagbaarheid. De verkoper en de koper kunnen dus afspreken dat de koper niet zal beschikken over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Wanneer men aanneemt dat een beschikking door de koper in strijd met dat contractuele verbod een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst oplevert, kan de verkoper vervolgens de koopovereenkomst ontbinden, waardoor het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde vervalt. Per saldo heeft het contractuele onoverdraagbaarheidsverbod daarmee alsnog goederenrechtelijke werking, zij het niet – zoals een overdracht onder ontbindende voorwaarde van verdere vervreemding – van rechtswege, maar pas nadat de verkoper overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud.³²⁸

Ogenschoonlijk druist een zodanig contractueel vervreemdingsverbod daarmee in tegen de strekking van artikel 3:83 lid 1 BW.³²⁹ Daarbij dient evenwel bedacht te worden dat de verkoper goede gronden kan hebben om een zodanig verbod overeen te komen.³³⁰ Weliswaar zal het de verkoper in het algemeen onverschillig zijn wie na vervulling van de voorwaarde eigenaar wordt van de zaak en wie een beperkt recht heeft op het voorwaardelijk eigendomsrecht, maar dat betekent niet dat het belang van de verkoper niet in het gedrang kan komen bij een beschikking over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. De verkoper heeft er namelijk belang bij dat de zaak zich gedurende de periode van onzekerheid bij de koper bevindt, zodat hij op eenvoudige wijze kan overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Wanneer de koper in het kader van een beschikking over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde de macht over de zaak prijsgeeft, heeft dit tot gevolg dat de verkoper bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud ‘hinter der Vorbehaltsware herlaufen muß.’³³¹ De verkoper zal dan moeten uitzoeken bij wie de zaak zich op dat moment bevindt. De verkoper kan dat willen voorkomen door middel van een contractueel verbod tot overhandiging van de zaak aan een derde.

326 Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 71, Bülow 2012, p. 252 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 20. Zie voor Oostenrijk Frotz 1970, p. 71, Bollenberger 1995b, p. 641 en Rummel/Spielbüchler 2000, §§357-360 ABGB, Rn. 9.

327 Vgl. punt 8 van de noot van F.M.J. Verstijlen onder HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 (*Rabobank/Reuser*).

328 Mezas 1985, p. 48 lijkt een dergelijke constructie mogelijk te achten, zij het zonder haar te problematiseren in het licht van de strekking van art. 3:83 lid 1 BW. Ook Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 594 aanvaardt de mogelijkheid van ontbinding wegens schending van het contractuele overdraagbaarheidsverbod.

329 Zie de bedenkingen van Schnorr von Carolsfeld 1939, p. 181-182. Zie voor het spanningsveld tussen voorwaarden en overdraagbaarheid o.m. Scheltema 2003, p. 373-376, Struycken 2007, p. 645, Reehuis 2010, nr. 100 en Stolz 2015, p. 421-445.

330 Zie Mezas 1985, p. 48.

331 Flume 1962, p. 399. Vgl. Brox 1984, p. 659.

Beslissend voor de vraag of een dergelijk contractueel verbod indruist tegen de strekking van artikel 3:83 lid 1 BW acht ik dan ook in hoeverre de verkoper een te respecteren belang heeft bij het overeenkomen van het verbod, omdat dan niet zozeer het motief voorziet het recht onoverdraagbaar te maken, maar vooral beoogd wordt de verkochte zaak binnen handbereik te houden.³³² Wanneer van een redelijk belang van de verkoper bij het verbod geen sprake is, kan worden aangenomen dat de niet-naleving van het verbod geen tekortkoming oplevert die de ontbinding rechtvaardigt (art. 6:265 BW). Tegen de achtergrond van het voorgaande heeft de verkoper er geen belang bij dat over het voorwaardelijk eigendomsrecht in het geheel niet kan worden beschikt; de verkoper heeft er slechts belang bij dat de beschikking over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde niet gepaard gaat met het uit handen geven van de zaak door de koper aan een derde. Om die reden moet worden aangenomen dat alleen een contractuele beperking tot een overdracht door middel van een levering c.p. of tot vestiging van een beperkt recht waarbij de zaak in de macht van de koper blijft, gerechtvaardigd is. Beschikt de koper in weerwil van een zodanige beperking over zijn voorwaardelijk eigendomsrecht, kan de verkoper in beginsel overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, als gevolg waarvan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde komt te vervallen.³³³

Het is een andere vraag in hoeverre een dergelijke contractuele beperking van de bevoegdheid om over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde te beschikken stilzwijgend besloten ligt in het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud. Als uitgangspunt moet naar mijn mening worden aangenomen dat uit het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud als zodanig inderdaad volgt dat de koper niet enkel gerechtigd is tot het gebruik van de zaak, maar ook verplicht is de zaak onder zich te houden. Voor huurkoop volgt een dergelijke verplichting in ieder geval uit artikel 7:87 lid 3 BW, dat bepaalt dat de huurkoper het genot van de zaak niet aan anderen mag afstaan. Ook in de Duitse literatuur wordt door een meerderheid aangenomen dat uit de strekking van het eigendomsvoorbehoud een *Besitzpflicht* van de koper voortvloeit.³³⁴ Dat deze verplichting in het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud besloten ligt, volgt uit het belang van de verkoper om op eenvoudige wijze zijn zaak te kunnen

332 Anders: Stolz 2015, p. 445, voetnoot 201, die in het geheel geen ruimte lijkt te zien voor een beding dat over de boeg van de wanprestatie- en ontbindingsregels feitelijk goederenrechtelijke werking heeft. In gelijke zin Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 161 en Scheltema 2003, p. 286-287 en p. 379.

333 In beginsel, omdat goed voorstelbaar is dat, gelet op de door Bakels 2011, nr. 61-69 genoemde gezichtspunten, de tekortkoming in de nakoming de ontbinding alsnog niet rechtvaardigt, bijvoorbeeld wanneer de koper de situatie aldus herstelt dat hij de zaak weer in zijn macht krijgt (zie daarover nog het slot van paragraaf 8.9.5). Vgl. ook punt 8 van de noot van Jac. Hijma onder HR 11 februari 2002, *NJ* 2003, 255 (*Schwarz/Gnjatovic*). Zie over de vraag of de verkoper de zaak kan opvorderen van de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht hierna in paragraaf 8.9.5.

334 Rühl 1930, p. 106, Letzgus 1938, p. 11, Flume 1962, p. 399, Serick 1963, p. 265-266, Wieling 2006, p. 807, Bülow 2012, p. 251 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 83. Anders: Derleder 1975, p. 35-44 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 45. Zie voor Oostenrijk Klang/Klang 1950, § 425 ABGB, p. 313, Mayrhofer 1969b, p. 286-287, Frotz 1970, p. 70-71 en OGH 3 april 1968, zaaknr. 3Ob37/68 (met een nuance voor overdracht binnen het huishouden van de voorbehoudskoper).

terugvorderen in geval van niet-betaling door de koper. Het strookt niet met dit belang dat de verkoper allereerst zou moeten uitzoeken waar diens zaak zich bevindt, om zich vervolgens in te moeten laten met een derde met wie hij in geen enkele relatie staat.³³⁵

8.9.2 *Wijze van levering*

Bij de overdracht van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde door de koper moet worden vastgesteld op welke wijze de levering dient te geschieden. In de literatuur bestaat daarover geen duidelijkheid. De leveringswijze lijkt tot problemen te leiden, nu de koper gedurende de periode van onzekerheid slechts houder is van de zaak en dus niet door middel van bezitsverschaffing (art. 3:90 lid 1 BW) zou kunnen leveren.³³⁶ Problematisch is daarbij niet zozeer dat de koper houder is – ook een houder kan immers bezit verschaffen – maar veeleer dat ook de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde slechts houder van de zaak wordt, nu de eigenaar onder ontbindende voorwaarde nog altijd bezitter van de zaak is. Door sommigen wordt om die reden aangenomen dat het voor de hand ligt dat de levering van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde geschiedt door machtsverschaffing op de voet van artikel 3:91 BW.³³⁷ Zo merkt Verstijlen op dat toepasselijkheid van die bepaling in de rede ligt ‘omdat de bepaling er juist op ziet levering van zaken mogelijk te maken waar bezitsverschaffing twijfelachtig is omdat vooralsnog geen eigendom wordt verschaft.’³³⁸ Andere auteurs suggereren dat de levering overeenkomstig de restbepaling van artikel 3:95 BW zou moeten geschieden, nu geen afzonderlijke leveringsbepaling is opgenomen in de wet voor de overdracht van eigendom onder opschortende voorwaarde.³³⁹ Weer anderen menen dat de levering ‘gewoon’ volgens artikel 3:90 BW kan geschieden, al dan niet vanwege de mogelijkheid om het bezit van het voorwaardelijk eigendomsrecht te verschaffen of simpelweg als analogie.³⁴⁰

335 Anders: Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 586 voor het Oostenrijkse recht, die daarin – behoudens een uitdrukkelijke afspraak – een te verstrekende beperking voor de koper ziet. Volgens hem mag de koper de zaak in het kader van de overdracht van het voorwaardelijk eigendomsrecht uit handen geven, mits de verkrijger te kennen geeft het recht van de verkoper te respecteren en voor de verkoper net zo gemakkelijk te traceren is. Zo ook Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 49 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 38.

336 Kortmann 1992, p. 206, Zwitser 1993, p. 529, Bartels 1997, p. 94, Faber 1997, p. 218-219, Peter 2007, p. 153-154, Verstijlen 2007, p. 826, en A.F. Salomons & G.A.C. Orbán in hun noot onder HR 3 juni 2016, *INS* 2016, 206.

337 Scheltema 2003, p. 363 (althans, als de vervreemder de zaak in zijn macht heeft), Verstijlen 2007, p. 826 en Scheltema 2017, p. 100. In die richting ook N.E.D. Faber & S.C.J.J. Kortmann in punt 12 van hun noot onder HR 3 juni 2016, *JOR* 2016, 287 (*Rabobank/Reuser*), die weliswaar spreken van bezitsverschaffing van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, maar dit vervolgens beschouwen als een analoge toepassing van art. 3:91 BW. In die zin ook Schuijling 2017, p. 20, voetnoot 29 en Rongen 2017, p. 224. Vgl. ook de notitie van Ten Kate t.a.v. Boek 3, Titel 4, Afdeling 1 en 2 d.d. 28 september 1969, p. 12 (te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 2192), die opmerkt dat art. 3:91 BW ook de overdracht beheerst door ‘degeen die onder opschortende voorwaarde eigenaar is, aan een ander, die hem in die hoedanigheid opvolgt, ook al is de tekst van het artikel op dat geval niet toegesneden.’

338 Verstijlen 2007, p. 826.

339 Zwitser 1993, p. 529, Nieskens-Isphording 1997, p. 109 en Scheltema 2003, p. 363. In die richting ook Bartels 1997, p. 94, Zwolve 2006, p. 271 en Reehuis 2013, nr. 78.

340 Mezas 1985, p. 50, Faber 2007, p. 56, Peter 2007, p. 153-154, A-G Rank-Berenschot in punt 2.29 van haar conclusie voor HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*) en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 551.

Zowel het Oostenrijkse als het Duitse recht kennen op dit punt geen moeilijkheden, nu beide rechtsstelsels uitgaan van een meer feitelijk leveringsbegrip.³⁴¹ De levering geschiedt daar in alle gevallen door *Übergabe* – dat wil zeggen: feitelijke overgave van de zaak – zonder dat het aankomt op het resultaat van de levering. Naar Nederlands recht is dat anders; er wordt niet slechts een handeling voorgeschreven – overgave van de zaak – maar een resultaat verlangd: er moet bezit worden verschaft aan de verkrijger. Problemen kent het Duitse recht enkel bij de levering van het *Anwartschaftsrecht* door een *constitutum possessorium*, zoals aanstonds nog aan de orde zal komen.

Voor het Nederlandse recht moet naar mijn mening worden aangenomen dat de levering van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde dient te geschieden door bezitsverschaffing (art. 3:90 lid 1 BW), en wel door verschaffing van het bezit van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Daarvoor pleit het volgende. Uit de omstandigheid dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde in de kern niets anders is dan ieder ander eigendomsrecht worden afgeleid dat de levering van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde geschiedt op dezelfde wijze als de levering van gewone eigendom van de zaak.³⁴² Een dergelijke benadering is bovendien ook gewenst, omdat aldus wordt bewerkstelligd dat de vormvoorschriften die gelden voor de levering van de zaak ook gelden voor de levering van het voorwaardelijk eigendomsrecht. Het is logisch dat, waar de wetgever bepaalde vormvoorschriften wenselijk heeft geacht voor de overdracht van de eigendom van de zaak – zoals publiciteitsoverwegingen bij de levering van onroerende zaken – dezelfde overwegingen dienen te gelden bij de levering van eigendomsrechten onder opschortende voorwaarde met betrekking tot dergelijke zaken, nu daarbij dezelfde overwegingen een rol spelen.³⁴³ Een dergelijke gelijkschakeling ligt ook ten grondslag aan artikel 3:98 BW, dat de bepalingen voor overdracht van een goed van overeenkomstige toepassing verklaart op onder meer de overdracht van een beperkt recht op een zodanig goed.

Het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde wordt derhalve geleverd volgens de algemene leveringsbepaling voor roerende zaken van artikel 3:90 BW. Dat de koper de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht niet tot bezitter van de zaak maakt, is niet problematisch omdat hij niet de zaak levert, maar zijn voorwaardelijk eigendomsrecht. De koper is namelijk niet slechts houder van de zaak, maar tevens bezitter van zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.³⁴⁴ Houderschap en bezit zijn naar Nederlands recht immers niet

341 Zie over dit afwijkende leveringsbegrip in Oostenrijk en Duitsland reeds hiervoor in hoofdstuk 4, paragraaf 4.8.3.1.

342 Vgl. Mezas 1985, p. 49 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 551.

343 Faber 1997, p. 219, Scheltema 2003, p. 339 en Faber 2007, p. 57. Vgl. Van Hees 1997, p. 106 en Nieuwesteeg 2015, p. 172. Zie ook Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 588.

344 Mezas 1985, p. 5, Kortmann 1992, p. 207, Zwitter 1993, p. 529 en Faber 2007, p. 54. Voor de duidelijkheid merk ik op dat de omstandigheid dat de koper bezitter is van zijn voorwaardelijk eigendomsrecht, art. 3:91 niet overbodig maakt. Bij de overdracht onder opschortende voorwaarde van de zaak zou de levering, bij gebreke van art. 3:91 BW, immers dienen te geschieden door verschaffing van het bezit van de zaak, hetgeen vanwege de opgeschorte werking van de overdracht juist niet mogelijk is. Zie uitvoeriger hiervoor in hoofdstuk 4, paragraaf 4.8.3.4. Anders: N.E.D. Faber & S.C.J.J. Kortmann in punt 11 van hun noot onder HR 3 juni 2016, *JOR* 2016, 287 (*Rabobank/Reuser*). Dat het bezit betrekking heeft op een voorwaardelijk recht, maakt het bezit zelf natuurlijk niet voorwaardelijk. Kennelijk anders: A.F. Salomons & G.Á.C. Orbán in hun noot onder HR 3 juni 2016, *INS* 2016, 206.

beperkt tot stoffelijke objecten, maar hebben betrekking op alle goederen.³⁴⁵ Volgens Verstijlen doet een dergelijke zienswijze daarentegen een (te?) ‘groot beroep op het juridisch constructievermogen omdat aan het voorwaardelijke recht nog generlei bevoegdheid kan worden ontleend.’³⁴⁶ Afgezien van het feit dat de koper aan zijn voorwaardelijk eigendomsrecht wel degelijk bepaalde bevoegdheden kan ontleen, valt niet goed in te zien welke bezwaren bestaan tegen de aanvaarding van het bezit van een voorwaardelijk eigendomsrecht. Mogelijk acht Verstijlen het problematisch dat het bezit van het voorwaardelijk recht zich, vanwege het volgens hem ontbreken van aan het recht verbonden bevoegdheden, niet manifesteert in de machtsuitoefening van de koper met betrekking tot de zaak. Dat bezwaar is echter niet steekhoudend, nu ook bij rechten waaraan bevoegdheden zijn verbonden en die gepaard gaan met macht over de zaak het bezit van het desbetreffende recht zich niet of nauwelijks manifesteert in de machtsuitoefening over de zaak.

Er is bij het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde sprake van een tweeledige machtsrelatie ten aanzien van de zaak. Het houderschap van de koper ten aanzien van de zaak is tevens de macht die correspondeert met diens bezit van het voorwaardelijk eigendomsrecht. Het houderschap van de zaak staat derhalve niet náást het bezit van het voorwaardelijk eigendomsrecht; beide liggen in dezelfde machtsuitoefening besloten. In de over de zaak uitgeoefende macht komt zowel houderschap tot uitdrukking waar het aankomt op (het werkende eigendomsrecht op) de zaak, alsook het bezit waar het aankomt op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.³⁴⁷ Een vergelijkbare geschakeerde machtsrelatie is aan de orde indien een beperkt gerechtigde houder is van de zaak. De vruchtgebruiker is niet alleen houder van de zaak, maar tevens bezitter van diens recht van vruchtgebruik.³⁴⁸

Daarbij dient voor ogen te worden gehouden dat de kwalificatie van het bezit van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde vooral een benaming of definiëring is van de relatie van de eigenaar onder opschortende voorwaarde ten aanzien van de zaak. Deze relatie is meerledig, omdat de koper enerzijds het eigendomsrecht van de verkoper erkent met betrekking tot de zaak, maar daarnaast ook een zelfstandige eigen aanspraak heeft als toekomstig eigenaar, welke aanspraak zich manifesteert in (het bezit van) het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Zoals bij alle gevallen van rechtsbezit is daarmee in zekere zin sprake van een verlegenheidskwalificatie, nu het juridisch taalgebruik geen afzonderlijke term kent voor deze ineengesmolten machtsrelatie ten aanzien van een zaak.³⁴⁹ Treffend is dit door Von Savigny verwoord met betrekking tot het bezit van goederenrechtelijke rechten, zoals het vruchtgebruik:

345 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 425, Rank-Berenschot 2012, nr. 6, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 354, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 127 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 131. Zie reeds Van Oven 1958, p. 243. Ook in de Oostenrijkse literatuur wordt uitgegaan van *Rechtsbesitz* van de koper. Zie Harrer 1969, p. 36-37, Klang/Bydlinksi 1978, § 1063 ABGB, p. 561 en p. 575, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 65 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 35.

346 Verstijlen 2007, p. 827.

347 Vgl. T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 430. Zie ook Beekhuis 1956, p. 395 en F.H.J. Mijnsen, ‘De regeling van het bezit en de bezitsoverdracht in het ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek’, *WPNR* 1972 (5165), p. 126 over bezit van een huurrecht.

348 Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 127.

349 Zie hierover uitgebreid De Jong 2006, p. 27-38.

‘Von diesen Rechten ist oben (...) bewiesen worden, dass kein animus domini, also auch kein wahrer Besitz, bei dem, der sie ausübt, gedacht werden könne. Da aber die Ausübung derselben auf eben die Weise gewaltsam gestört werden kann, wie die des Eigenthums, so ist hier eine mögliche Beziehung des Besitzes auf andere Rechte als das Eigenthum gefunden, und diese Beziehung ist in dem Römischen Recht wirklich enthalten. Also wie der wahre Besitz in der Ausübung des Eigenthums besteht, so besteht dieses nachgebildete Besitz in der Ausübung eines *jus in re*: und wie man bei dem wahren Besitz zwar die Sache besitzt (*possessio corporis*), aber nicht das Eigenthum, so sollte auch hier eigentlich nicht von dem Besitz der Servitut (*possessio juris*) die Rede sein. Allein da wir kein anders Wort haben, an welches wir hier den Besitz knüpfen könnten, so wie er im Eigenthum mit der Sache verknüpft ist, so bleibt nichts übrig, als dennoch jenen uneigentlichen Ausdruck zu gebrauchen: dabei ist nur nie zu vergessen, dass es wirklich ein uneigentlicher Ausdruck ist, und dass nichts anderes damit bezeichnet werden soll, als die Ausübung eines *jus in re*, welche zu dem *jus in re* selbst in demselben Verhältnis steht, wie der eigentliche Besitz zum Eigenthum.’³⁵⁰

Men kan deze machtsrelatie ook anders omschrijven, zoals bezit van de zaak *als* beperkt gerechtigde of eigenaar onder opschortende voorwaarde of het bezit van een recht van vruchtgebruik aan de hand van het bezit van de zaak *in vruchtgebruik*,³⁵¹ maar al deze omschrijvingen komen neer op de erkenning van bezit van en bij goederenrechtelijke rechten. Dat strookt met de opzet van de bezitsregeling in het BW. Weliswaar heeft het rechtsbezit zich oorspronkelijk enkel ontwikkeld als een fictie teneinde bepaalde houders bezitsbescherming te verlenen,³⁵² maar in het huidige BW is het bezit van rechten daadwerkelijk – en dus niet uitsluitend als fictie – en met een bredere strekking – namelijk niet enkel in het kader van de bezitssbescherming – verankerd, door het bezit algemeen op goederen en niet slechts op zaken te betrekken (art. 3:107 BW).

Hoewel de levering van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde derhalve geschiedt door verschaffing van het bezit over het voorwaardelijk eigendomsrecht, is per saldo sprake van machtsverschaffing, nu het bezit van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zich ten aanzien van de zaak manifesteert in houderschap.³⁵³ Toch valt uit systematisch oogpunt de toepasbaarheid van artikel 3:90 BW te prefereren boven artikel 3:91 BW. In de eerste plaats is artikel 3:91 BW door de wetgever namelijk opgenomen voor gevallen van een overdracht onder opschortende voorwaarde.³⁵⁴ Bij de overdracht van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is geen sprake van een voorwaardelijke overdracht, maar van een onvoorwaardelijke overdracht van een voorwaardelijk recht.³⁵⁵ Ten tweede strekt artikel 3:91 BW ertoe levering van zaken mogelijk te maken in het geval waarin uit de rechtsverhouding tussen partijen voortvloeit dat de vervreemder bezitter blijft, omdat hij zijn aanspraken ten aanzien van het overgedragen recht vooralsnog niet wil laten varen.

350 Von Savigny 1865, p. 192-193.

351 Zie voor de eerste term De Jong 2006, p. 213-218 en voor de tweede Asser/Scholten 1945, p. 343.

352 Zie hiervoor in voetnoot 304.

353 Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 323 waar ten aanzien van een recht van vruchtgebruik wordt opgemerkt dat vestiging en levering geschieden door verschaffing van het bezit van het recht van vruchtgebruik, hetgeen in de regel machtsverschaffing van de zaak betekent. Zo ook Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 469 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 265. Deze benadering treft men ook aan in de M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1312.

354 Peter 2007, p. 154, voetnoot 110.

355 Vgl. Faber 2007, p. 57-58 en Reehuis 2013, nr. 78.

Ook daarvan is geen sprake bij een overdracht van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. De vervreemder verschaft de verkrijger namelijk het bezit van het voorwaardelijk eigendomsrecht en geeft daarmee zijn machtsrelatie met betrekking tot de zaak en het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde volledig prijs. Voor toepasselijkheid van artikel 3:91 BW is daarmee slechts ruimte in het geval dat de vervreemder het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde overdraagt onder (een andere) opschortende voorwaarde. In een zodanig geval behoudt de vervreemder immers tot het moment dat de (tweede) voorwaarde in vervulling gaat niet alleen het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, maar ook het bezit van dat recht.³⁵⁶

Het voordeel van deze benadering – waarbij wordt uitgegaan van het bezit van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde – is dat inzichtelijk is wat er bij overdracht van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde gebeurt, omdat een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de zaak en het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.³⁵⁷ Daarmee wordt rekenschap gegeven van het zelfstandige karakter van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde als overdraagbaar recht, welke zelfstandigheid zich ook op bezitsrechtelijk niveau manifesteert. Wanneer men de machtsrelatie van de koper met betrekking tot de zaak enerzijds en het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde anderzijds niet conceptueel onderscheidt, dreigt een vertroebeling van de terminologie, die ook praktische consequenties kan hebben. Illustratief zijn de moeilijkheden die in de Duitse doctrine bestaan ter verklaring van de mogelijkheid van de levering van het *Anwartschaftsrecht* door middel van een *constitutum possessorium*. Het Duitse recht kent namelijk het bezit van rechten niet en wordt daarom bij de levering van het *Anwartschaftsrecht* gedwongen tot een constructie die aanknoopt bij de machtsrelatie van de koper met betrekking tot de zaak. Daarmee wordt echter miskend dat de koper bij een levering c.p. van het *Anwartschaftsrecht* niet zozeer beschikt over de zaak, maar over het *Anwartschaftsrecht* als zelfstandig vermogensrecht. Bij een levering c.p. van het *Anwartschaftsrecht* ontstaan hierdoor grote moeilijkheden, die de Duitse literatuur al decennialang verdeeld houden.

Het probleem dat ontstaat wanneer men de levering c.p. van een *Anwartschaftsrecht* construeert aan de hand van de machtsrelatie van de koper tot de zaak, is dat de levering aldus dient te geschieden dat de koper de zaak gaat houden voor de verkrijger van het *Anwartschaftsrecht*. Dat leidt tot moeilijkheden bij een levering c.p., omdat de koper de zaak vanwege het eigendomsvoorbehoud ook al houdt

356 Volledigheidshalve merk ik op dat bij de overdracht onder voorwaarde van een voorwaardelijk eigendomsrecht ingevolge artikel 3:84 lid 4 BW wederom een splitsing van het eigendomsrecht plaatsvindt. De vervreemder blijft daarmee slechts eigenaar onder ontbindende voorwaarde van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Zie over deze ‘ondersplitsing’ hiervoor in paragraaf 8.3.4.

357 Anders: Nieskens-Isphording 1997, p. 109, die weliswaar aangeeft dat het belangrijk is om een onderscheid te maken tussen beide rechten, maar vervolgens opmerkt dat het recht van de koper geleverd zou moeten worden via art. 3:95 BW omdat de koper geen bezitter van de zaak is, waaruit blijkt dat juist geen onderscheid wordt gemaakt. Zie ook Wibier 2016, p. 209 die dit onderscheid niet maakt waar hij opmerkt dat in HR 3 juni 2016, NJ 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*) is aanvaard dat de ‘geleverde zaak door de verkrijger, hoewel deze nog geen eigenaar is van die zaak, toch kan worden verpand.’ Evenmin wordt een onderscheid gemaakt bij Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 412, alwaar wordt opgemerkt dat ‘[w]anneer koper A zijn onder eigendomsvoorbehoud verkregen zaak overdraagt aan B, (...) B in beginsel eveneens een voorwaardelijk eigendomsrecht [verkrijgt].’ Ook Van Dijk 1940, p. 68 maakt geen onderscheid, waar hij opmerkt dat het voorwaardelijk eigendomsrecht c.p. kan worden geleverd doordat de koper de zaak voor de verkrijger gaat houden.

voor de verkoper, terwijl de koper met de overdracht van het *Anwartschaftsrecht* door middel van een levering c.p. niet beoogt te bewerkstelligen dat hij de zaak niet meer voor de verkoper houdt c.q. wil houden. Een deel van de literatuur zoekt zijn toevlucht in het leerstuk van het *Nebenbesitz*: de koper houdt de zaak zowel voor de verkoper als voor de verkrijger van het *Anwartschaftsrecht*, maar zonder dat sprake is van mede-bezit en zonder dat tussen de verkoper en de verkrijger van het *Anwartschaftsrecht* een relatie bestaat.³⁵⁸ De heersende leer en de rechtspraak verwerpen de constructie van het *Nebenbesitz* daarentegen, nu de mogelijkheid van een dubbel bezit zich niet zou verdragen met de exclusiviteit van het bezitsbegrip. Volgens deze auteurs is het ondenkbaar dat de koper de zaak tegelijkertijd voor twee, van elkaar onafhankelijke personen houdt.³⁵⁹ Een zodanige houderschapswil, waarbij de wil gelijktijdig gericht is op het houden van de zaak voor twee verschillende personen, laat zich inderdaad niet goed voorstellen. Maar ook de constructie van de heersende leer en de rechtspraak vermag niet te bevredigen.³⁶⁰ Daarin wordt namelijk aangenomen dat de overdracht van het *Anwartschaftsrecht* door middel van een levering c.p. leidt tot een *mehrstufiges Besitzgebäude*. Na de overdracht houdt de koper de zaak enkel nog voor de verkrijger van het *Anwartschaftsrecht*, die de zaak op zijn beurt houdt voor de verkoper, die tweedegraads bezitter is.³⁶¹ Problematisch is in deze visie op welke wijze de koper en de verkrijger van het *Anwartschaftsrecht* zouden kunnen bewerkstelligen dat de verkrijger in de houderschapsrelatie tussen de verkoper en de koper zou kunnen worden ingeschoven, zonder dat de verkoper daarbij is betrokken.³⁶² Bovendien wordt hiermee miskend dat de koper ook na de overdracht van het *Anwartschaftsrecht* de zaak nog altijd voort de verkoper houdt, nu hij bereid en gehouden is de zaak aan de verkoper af te geven, indien hij in gebreke blijft met de betaling van de verschuldigde tegenprestatie en de verkoper overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud.³⁶³

Dergelijke complicaties bij de verklaring van de relatie tussen de verschillende betrokken kunnen op eenvoudige wijze worden voorkomen door ook ten aanzien van het bezit en houderschap conceptueel te onderscheiden tussen de

358 H. Westermann, 'Probleme der Sicherungsübereignung von Warenlagern', *NJW* 1956, p. 1298, G. Paulus, 'Kreditsicherung durch Übertragung von Eigentum und Anwartschaften', *JZ* 1957, p. 45, H. Lange, 'Eigentumserwerb im Falle des § 934 Halbs. 1 BGB', *JuS* 1969, p. 164, Rinke 1998, p. 101-102 en Wieling 2006, p. 808. In die richting ook Staudinger/Gutzeit 2012, § 868 BGB, Rn. 9-10. Per saldo ook zo Serick 1963, p. 263-264 (zie evenwel de nuancering hierna in voetnoot 366).

359 Zie Blomeyer in diens noot onder BGH 22 februari 1956, *JZ* 1956, p. 416, Zunft 1957, p. 446-447, Soergel/Henssler 2002, Anh. zu § 929 BGB, Rn. 68, Wilhelm 2010, p. 232, Staudinger/Wiegand 2017, Anh. zu §§ 929 ff BGB, Rn. 117 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, Anh. zu §§ 929-936 BGB, Rn. 20. Vgl. ook Baur/Baur & Stürner 2009, p. 845.

360 Vgl. Baur/Baur & Stürner 2009, p. 845: 'Beide Lösungsversuche haben ihre Schwächen.'

361 Zunft 1957, p. 447, Georgiades 1963, p. 128, Soergel/Henssler 2002, Anh. zu § 929 BGB, Rn. 68, Baur/Baur & Stürner 2009, p. 845 (die overigens de zwakte van deze oplossing erkennen), MünchKomm-BGB/Joost 2016, § 868 BGB, Rn. 20, Bamberger & Roth/Kindl 2016, § 929 BGB, Rn. 81 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, Anh. zu §§ 929-936 BGB, Rn. 20. Zie uit de rechtspraak BGH 24 juni 1958, *NJW* 1958, 1133, waar evenwel niet geheel duidelijk wordt welke constructie het voor ogen heeft, waar hij ervan uitgaat dat de koper 'der bereits Besitzmittler ist, und es auch im Verhältnis zum bisherigen mittelbaren Besitzer bleiben will, außerdem noch einem Dritten weiteren mittelbaren Besitz einräumt.'

362 Henke 1959, p. 203, Serick 1963, p. 262-262, Rinke 1998, p. 100-101 en Staudinger/Gutzeit 2012, § 868 BGB, Rn. 10. Vgl. ook Soergel/Stadler 2002, § 868 BGB, Rn. 22, die opmerkt dat deze – overigens ook door haar voorgestane – oplossing zich niet goed laat verklaren binnen het goederenrechtelijk systeem.

363 Henke 1959, p. 203, Brinkmann 2011, p. 145 en Staudinger/Wiegand 2017, Anh. zu §§ 929 ff, Rn. 117. Anders: Wilhelm 2010, p. 232, volgens wie de koper zich door zekerheidsoverdracht van het *Anwartschaftsrecht* als *Eigenbesitzer* gaat gedragen. Daaruit blijkt een gebrekkige onderscheiding tussen *Anwartschaftsrecht* en het eigendomsrecht.

zaak en het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.³⁶⁴ Verkieslijk is dan ook het Nederlandse stelsel, waarin dit onderscheid vanwege het feit dat het bezit betrekking heeft op goederen, kan worden gemaakt. Daarmee laten zich de machtsrelaties tussen de verschillende betrokkenen in geval van een overdracht van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde door middel van een levering c.p. eenvoudig weergeven: de koper houdt de zaak nog altijd voor de verkoper en houdt tegelijkertijd het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde voor de verkrijger, die op zijn beurt bezitter is van dit recht.³⁶⁵ Per saldo komt men daarmee tot vergelijkbare resultaten als de leer van het *Nebenbesitz*, maar zonder dat het bezitsbegrip geweld wordt aangedaan.³⁶⁶

8.9.3 *Rechtsgevolgen van overdracht*

Als de koper zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde rechtsgeldig overdraagt, verwerft de verkrijger op het moment dat aan alle vereisten voor overdracht van het recht is voldaan, terstond het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.³⁶⁷ Het voorwaardelijk eigendomsrecht verlaat het vermogen van de koper en maakt voortaan onderdeel uit van het vermogen van de verkrijger. Gaat vervolgens de voorwaarde in vervulling, dan groeit het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde uit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht in de hand van de verkrijger.³⁶⁸ Aangezien de koper reeds voordien heeft beschikt over zijn voorwaardelijk eigendomsrecht en daarmee al zijn aanspraken met betrekking tot de zaak heeft laten varen, is hij met zijn vermogen niet betrokken bij de uiteindelijke verkrijging van de onvoorwaardelijke eigendom door degene aan wie hij zijn voorwaardelijk eigendomsrecht heeft overgedragen (of diens rechtsopvolger).³⁶⁹ De zaak passeert derhalve niet het vermogen van de koper.³⁷⁰

364 Vgl. Baur/Baur & Stürner 2009, p.845 die opmerken dat 'das Anwartschaftsrecht auch besitzrechtlich sich nur schwer in das überkommene Begriffsschema eingliedern läßt.' Zie ook Staudinger/Wiegand 2017, Anh. zu §§ 929 ff, Rn. 117 die opmerkt dat 'die Besitzverhältnisse mit den traditionellen Mitteln nicht mehr adäquat beschrieben werden können' en om die reden de levering c.p. van het *Anwartschaftsrecht* geheel verwerpt.

365 Mezas 1985, p. 50.

366 Zie bijv. Serick 1963, p. 263 die tot een met de hier verdedigde opvatting vergelijkbare conclusie komt, namelijk dat de koper houder (*Fremdbesitzer*) is waar het aankomt op de zaak en bezitter (*Eigenbesitzer*) met betrekking tot het *Anwartschaftsrecht*.

367 In HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), rov. 4.2.3 spreekt de Hoge Raad over het feit dat de koper onder eigendomsvoorbehoud zijn voorwaardelijk eigendomsrecht 'dan ook slechts onder diezelfde voorwaarde [kan] vervreemden of bezwaren.' Ik acht dat een ongelukkige formulering. De vervreemding of bezwaring geschiedt immers (gewoonlijk) niet voorwaardelijk, maar onvoorwaardelijk. Ten onrechte betreft de Hoge Raad de voorwaardelijkheid op de overdracht van het eigendomsrecht. Bedoeld lijkt te worden dat de koper slechts kan beschikken over een door diezelfde voorwaarde beperkt eigendomsrecht. Zie over dit uitgroeien hierna in paragraaf 8.10.1.

368 Zie over dit uitgroeien hierna in paragraaf 8.10.1.

369 Mezas 1985, p. 54, Scheltema 2003, p. 364 en Scheltema 2013, p. 163. Zie voor Oostenrijk Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 586-587 en voor Duitsland Serick 1963, p. 256.

370 P. Rodenburg, 'B.M. Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht & R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud (Boekbeschuwing)', *RMThemis* 1986, p. 262, voetnoot 10. Zie voor het Duitse recht Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 72 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 83. Vgl. Bauknecht 1955, p. 1252 die terecht opmerkt dat, wanneer men het tegengestelde zou aannemen, in werkelijkheid de mogelijkheid om te beschikken over het *Anwartschaftsrecht* ontkend wordt. Zo ook Bülow 2012, p. 254. Uit HR 15 maart 1991, *NJ* 1992, 605 m.nt. W.M. Kleijn (*Veenendaal q.q./Hogeslag*) kan niets anders worden afgeleid, aangezien het daar niet ging om de overdracht van een voorwaardelijke vordering, maar om de voorwaardelijke overdracht van een vordering, die ten tijde van de cessie (nog) niet (onvoorwaardelijk) toebehoorde aan de cedent, als gevolg waarvan deze alleen als toekomstige vordering kon worden gecedeerd.

Integendeel, op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, vindt in het geheel geen derivatieve verschuiving van (een deel van) het eigendomsrecht plaats, niet in de verhouding van de verkoper tot de verkrijger en evenmin in de verhouding tussen de koper en de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht.³⁷¹ Als gevolg van de vervulling van de voorwaarde vervalt het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en groeit het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde uit tot het onvoorwaardelijke eigendomsrecht.

Met deze rechtsgevolgen is de meerwaarde van de mogelijkheid om te beschikken over het voorwaardelijk eigendomsrecht gegeven. Hierin onderscheidt de overdracht over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zich namelijk van de levering bij voorbaat (art. 3:97 BW) van de zaak of een overdracht van de zaak door de koper als beschikkingsonbevoegde, die nadien door artikel 3:58 BW wordt geconvalideerd. In die gevallen komt de overdracht namelijk pas tot stand op het moment dat de koper door vervulling van de voorwaarde onvoorwaardelijk eigenaar wordt van de zaak en op dat moment is voldaan aan de eis van beschikkingsbevoegdheid. Onder meer een tussentijds ingetreden faillissement van de koper verhindert dan de eigendomsoverdracht door de koper aan de derde (art. 23 Fw en art. 35 lid 2 Fw).³⁷² Bij de overdracht van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde geldt dit alles niet. Op het moment dat de overdracht onder opschortende voorwaarde tot stand komt, verkrijgt de koper immers terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, ten aanzien waarvan hij beschikkingsbevoegd is. Hij kan vanaf dat moment dit recht overdragen aan een ander. Indien de koper nadien als gevolg van het uitspreken van het faillissement zijn beschikkingsbevoegdheid verliest, kan die omstandigheid niet meer de werking ontnemen aan een overdracht die reeds voordien heeft plaatsgevonden. De fixerende werking van het faillissement heeft immers slechts betrekking op het vermogen van de failliet (art. 20 Fw jo. art. 23 Fw). Heeft de koper reeds voordien over het voorwaardelijk eigendomsrecht beschikt, dan heeft dat recht op dat moment diens vermogen verlaten en valt het niet meer onder het faillissementsbeslag.³⁷³

Volgens Wibier en Smid is daarentegen ook bij de overdracht van het voorwaardelijk eigendomsrecht het fixatiebeginsel in het geding, althans zou het wenselijk zijn dat het fixatiebeginsel zou verhinderen dat de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ook onvoorwaardelijk eigenaar van de zaak zou kunnen worden, indien de koper tussentijds failliet wordt verklaard.³⁷⁴ Dergelijke wenselijkheidsargumenten kunnen echter geen doorslaggevende rol spelen bij de beoordeling van de vraag in hoeverre het naar het

371 Zie hiervoor in voetnoot 85 en de bijbehorende hoofdtekst.

372 Mezas 1985, p. 53, Bartels 1997, p. 85, Struycken 2007, p. 554, Reehuis 2013, nr. 77 en Rongen 2014, p. 307.

373 HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), rov. 4.2.4-4.2.5.

374 Wibier & Smid 2009, p. 729-731. Herhaald in Wibier 2012, p. 308-310 en Wibier 2013, p. 289. Vgl. ook Nieuwesteeg 2015, p. 173 en A.F. Salomons & G.Á.C. Orbán in hun noot onder HR 3 juni 2016, *INS* 2016, 206.

geldende recht mogelijk is om over voorwaardelijke eigendom te beschikken.³⁷⁵ Het standpunt van Wibier en Smid laat zich moeilijk los van hun rechtspolitieke argumenten beoordelen. In wezen ontkennen Wibier en Smid namelijk het bestaan van voorwaardelijke eigendom – althans waar het aankomt op de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud – en beschouwen zij de overdracht van de voorwaardelijke eigendom in zekere zin als een levering bij voorbaat van de zaak.³⁷⁶ Neemt men daarentegen aan dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde een zelfstandig overdraagbaar recht is, waardoor een onderscheid moet worden gemaakt tussen de overdracht van de (onvoorwaardelijke eigendom van de) zaak en het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, valt niet goed in te zien op welke wijze het fixatiebeginsel in het gedrang is.³⁷⁷

Het fixatiebeginsel houdt in dat ‘door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij den boedel betrokkenen onveranderlijk wordt.’³⁷⁸ Voor het actief heeft dit tot gevolg dat het vermogen van de failliet aldus wordt gefixeerd dat het vermogen aan de beschikkingsmacht van de failliet is onttrokken.³⁷⁹ Na het uitspreken van het faillissement kan de failliet niet meer bewerkstelligen dat bepaalde vermogensbestanddelen niet (meer) onder het ‘gerechtelijk beslag op het gehele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeisers’³⁸⁰ vallen. Uit deze definitie blijkt dat het fixatiebeginsel betrekking heeft op de bestanddelen van het vermogen van de failliet op het moment van de

375 Ook het standpunt dat het fixatiebeginsel ook een functie kan vervullen om rechtspolitiek te bedrijven in gevallen waarin het strikt genomen niet van toepassing is, vermog daarbij niet te overtuigen. Zie Wibier & Smid 2009, p. 729-731. Het beroep op de arresten HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tiethoff q.q./NMB*) en HR 28 april 2006, *NJ* 2006, 503 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Huijzer q.q./Rabobank*) snijdt geen hout. In eerstgenoemd arrest werd een uitzondering op de verrekeningsregels aanvaard vanwege het feit dat na faillietverklaring een prestatie ten laste van de boedel komt, waarvoor de te verrekenen schuld de tegenprestatie vormt. Redengevend was daarvoor dat de schuldeisers anders zonder tegenprestatie aanspraak zou kunnen maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht. Afgezien van het feit dat een dergelijke verrekeningssituatie hier niet aan de orde is, is ook de ratio van het arrest niet van toepassing. De boedel hoeft immers in het geheel geen prestatie meer te verrichten, terwijl de failliet gewoonlijk bovendien een tegenprestatie zal hebben ontvangen voor de overdracht van het voorwaardelijk eigendomsrecht. Het tweede arrest biedt daarentegen zelfs steun voor de hier in de hoofdttekst verdedigde uitleg van het fixatiebeginsel, nu de Hoge Raad daar een rechtlijnige toepassing van het fixatiebeginsel aanvaardt: de nagekomen verbintenis is ontstaan na faillissement en dus is het fixatiebeginsel van toepassing en kan geen beroep worden gedaan op artikel 52 Fw. Hier blijkt de Hoge Raad niet gevoelig voor een op wenselijkheidsargumenten gebaseerde uitzondering op het fixatiebeginsel.

376 Wibier & Smid 2009, p. 727-728. In die richting ook Van Swaaij 2000, p. 192. Vgl. Scheltema 2003, p. 364 voetnoot 37. Ook in Duitsland zijn er critici die het *Anwartschaftsrecht* als bestaand recht geheel ontkennen en de beschikking over een *Anwartschaftsrecht* omkatten tot een overdracht bij voorbaat van de verkochte zaak. Uiteindelijk komen zij evenwel tot vergelijkbare uitkomsten door aan te nemen dat (i) de koper beschikkingsbevoegd is ten aanzien van zijn toekomstige vermogensbestanddelen (ii) de prioriteitsregel de rangorde tussen de conflicterende beschikkingen beheerst (vgl. § 185 BGB); (iii) de koper gebonden is aan de bij voorbaat afgelegde verklaringen en (iv) een faillissement geen roet in het eten gooit. Zie bijv. Stoll 1966, p. 246-252, Lempenau 1968, *passim*, Kupisch 1976, p. 417-429 en Marotzke 1977, i.h.b. p. 18-44. Zie voor kritiek Forkel 1962, p. 68-72.

377 Vgl. Mezas 1985, p. 53-54, Scheltema 2003, p. 363-364 en Scheltema 2013, p. 160. Hiermee keer ik mij uitdrukkelijk tegen de benadering van Wibier & Smid 2009, p. 728 en Wibier 2013, p. 290 volgens wie de faillissementsbestendigheid van de positie van de koper niets te maken heeft met de vraag of de koper reeds een recht heeft, waarover hij (faillissementsbestendig) kan beschikken. De positie van de koper is namelijk slechts faillissementsbestendig, als hij *terstond* een recht verkrijgt. In gelijke zin: Scheltema 2003, p. 331-335. Vervolgens volgt uit het feit dat de koper *terstond* een tegenwoordig vermogensrecht heeft, dat hij daar ook meteen over kan beschikken, zodat een nadien ingetreden faillissement van de koper of de verkoper geen roet in het eten kan gooien.

378 HR 31 december 1909, *W.* 8957 (*Op den Ende/De Haan Hugenholtz q.q.*).

379 Verstijlen 1998, p. 43-44.

380 *Van der Feltz I*, p. 7.

faillietverklaring.³⁸¹ Het fixatiebeginsel strekt er daarentegen niet toe dat aan reeds voor de faillietverklaring geldig verrichte beschikkingshandelingen, waardoor een bepaald vermogensbestanddeel het vermogen van de aanstaande failliet heeft verlaten, achteraf de werking wordt ontnomen. De goederen die het vermogen van de failliet vóór het uitspreken van het faillissement heeft verlaten behoren – afgezien van de mogelijkheid om met terugwerkende kracht de beschikkingshandeling aan te tasten – niet tot de boedel. Het fixatiebeginsel strekt zich tot deze goederen dan ook niet uit. Dit beginsel kan daarmee niet goederenrechtelijke rechten aan derden ontnemen, die reeds voor faillietverklaring zijn gevestigd of overgedragen. Integendeel, uit het goederenrechtelijk karakter van de desbetreffende rechten volgt veeleer de tegenwerpbaarheid van het recht aan de boedel.

Al met al moet de gedachte worden verworpen dat het fixatiebeginsel aan een reeds voor faillissement rechtsgeldig tot stand gekomen overdracht de werking ontnemt. Een dergelijke overdracht is – vanuit het fixatiebeginsel bezien – faillissementsbestendig, waarbij onverschillig is wat het object is dat wordt overgedragen. Voor de vestiging van beperkte rechten op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde geldt niets anders, waar de wet de vestiging van een beperkt recht beschouwt als een gedeeltelijke overdracht en daarop als uitgangspunt dezelfde bepalingen van toepassing heeft verklaard (art. 3:98 BW).³⁸²

8.9.4 Derdenbeschermingsperikelen

Indien de vervreemder die een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde met betrekking tot een roerende zaak overdraagt, niet beschikkingsbevoegd is met betrekking tot dit recht, komt de toepasselijkheid van artikel 3:86 BW in beeld. De derdenbeschermingsproblematiek bij de overdracht van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde moet worden onderscheiden van de hierboven reeds behandelde vraag naar derdenbescherming bij een voorwaardelijk overdracht.³⁸³ In het daar besproken geval is sprake van een *voorwaardelijke* overdracht van de (onvoorwaardelijke eigendom van de) zaak door een beschikkingsonbevoegde, terwijl het in deze paragraaf gaat om de *onvoorwaardelijke* overdracht van een *voorwaardelijk* eigendomsrecht door een beschikkingsonbevoegde.

Of derden in een dergelijk geval kunnen worden beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder is in de Duitse literatuur buitengewoon omstreden. Door een deel van de literatuur wordt de mogelijkheid van derdenbescherming bij de overdracht van het *Anwartschaftsrecht* geheel ontkend. Volgens deze auteurs is de rechtvaardiging van derdenbescherming gelegen in de rechtsschijn die uitgaat van de feitelijke macht (*Besitz*) van de beschikkingsonbevoegde vervreemder. Derden mogen in het algemeen op deze rechtsschijn afgaan, omdat de feitelijke macht het vermoeden van eigendom schept. Beweert de vervreemder dat hij rechthebbende is van een *Anwartschaftsrecht*, dan heeft hij

381 G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 13.

382 T.M., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 3. Anders: Mezas 1985, p. 54 omdat de ‘volgroeing van het pandrecht’ via het vermogen van de failliet zou lopen. Het is evenwel niet het pandrecht dat uitgroeit, maar het object van dat pandrecht. Aangezien het pandrecht reeds voor faillissement tot stand is gekomen, is het fixatiebeginsel niet in het geding. Zie ook Snijders 2006, p. 226 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 554.

383 Zie paragraaf 8.5.1.

daarmee de *Rechtsschein* van de feitelijke macht de grond in geboord, nu hij zelf te kennen geeft dat hij geen eigenaar is. Een derde die desalniettemin afgaat op de bewering van de vervreemder dat hij rechthebbende is van het *Anwartschaftsrecht* vertrouwt uitsluitend op ‘bloßes Gerede’ van de vervreemder, welk vertrouwen wordt niet beschermd.³⁸⁴ In de schaarse Oostenrijkse literatuur over deze problematiek wordt een vergelijkbaar standpunt verdedigd.³⁸⁵

Een ander deel van Duitse de literatuur aanvaardt de mogelijkheid van derdenbescherming bij de overdracht van een *Anwartschaftsrecht* wel.³⁸⁶ Voor het Nederlandse recht moet naar mijn mening eveneens worden aangenomen dat bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder mogelijk is bij de overdracht van een voorwaardelijk eigendomsrecht. De categorische uitsluiting van de toepasselijkheid van artikel 3:86 BW bij de overdracht van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde past niet bij de omstandigheid dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde als uitgangspunt niets anders is dan een gewoon eigendomsrecht en dat op de overdracht van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde dezelfde regels van toepassing zijn. Ook een *a maiore ad minus*-redenering pleit voor de bescherming van de verkrijger bij de overdracht van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Als een beschikkingsonbevoegde vervreemder in staat is om de verkrijger eigendom van de zaak te verschaffen op grond van artikel 3:86 BW, valt niet goed in te zien waarom het artikel niet van toepassing zou zijn indien de vervreemder hem geen onvoorwaardelijke eigendom, maar slechts een voorwaardelijk eigendomsrecht overdraagt. Dat (de rechtvaardiging van) artikel 3:86 BW niet zou zijn toegesneden op de overdracht van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, acht ik geen overtuigend bezwaar. De rechtvaardiging van die bepaling is immers niet zozeer gelegen in de rechtsschijn van de feitelijke macht van de vervreemder, die hem als rechthebbende legitimeert, maar in het feit dat de vervreemder in staat is de handelingen te verrichten die nodig zijn om de verkrijger datgene te verschaffen wat de vervreemder aan hem heeft voorgespiegeld, waardoor bij de verkrijger het vertrouwen wordt gewekt dat de vervreemder inderdaad beschikkingsbevoegd is.³⁸⁷

Men zou daartegen kunnen aanvoeren dat het voorwaardelijk karakter van het eigendomsrecht zich niet manifesteert in de relatie van de vervreemder tot de zaak en dat de verkrijger in zoverre dus slechts vertrouwt op ‘bloßes Gerede’ van de vervreemder. Op zichzelf is het juist dat in het algemeen voor de toepasselijkheid van artikel 3:86 BW meer is vereist dan dat de verkrijger vertrouwt op uitlatingen van de vervreemder. Aangezien de derdenbescherming niet slechts tussen partijen werkt, maar een derde berooft van zijn goederenrechtelijke aanspraak, moet dit vertrouwen gerechtvaardigd worden door méér dan enkel

384 Flume 1962, p. 395-397, Wiegand 1974, p. 211-212, Schwerdtner 1980, p. 665, Wilhelm 2010, p. 913-914, Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 74, MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 59 en Staudinger/Wiegand 2017, § 932 BGB, Rn. 130.

385 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 572.

386 Raiser 1961, p. 38, Serick 1963, p. 270, Georgiades 1963, p. 131-132, Larenz 1986, p. 120, J. Hager, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München: C.H. Beck 1990, p. 315-319, Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 86, Wieling 2006, p. 808-809, Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 847 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 932 BGB, Rn. 20. Zo ook (met een wat andere redenering) Bülow 2012, p. 256.

387 E.F. Verheul, ‘De rechtvaardiging voor de relativering van de levering c.p. door een bezitter: een kwestie van perspectief’, *GrOM* 2016, p. 68-69.

beweringen van de vervreemder: er moet aanleiding bestaan om te veronderstellen dat datgene wat de vervreemder beweert, ook met de werkelijkheid overeenstemt. Zulke situaties laten zich bij de overdracht van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde echter zonder meer voorstellen. Indien de koper onder eigendomsvoorbehoud zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde bijvoorbeeld eerst – als beschikkingsbevoegde – aan een derde overdraagt door middel van een levering c.p. en de koper vervolgens datzelfde recht overdraagt aan een vierde, waarbij de levering gepaard gaat met verschaffing van de feitelijke macht over de zaak, valt mijns inziens niet goed in te zien waarom de vierde niet in aanmerking zou moeten kunnen komen voor derdenbescherming.³⁸⁸ Gerechvaardigd lijkt mij zodanige bescherming in het bijzonder indien de verkrijger te goeder trouw het bestaan van het voorwaardelijk eigendomsrecht heeft onderzocht door de aan de overdracht ten grondslag liggende koopovereenkomst te onderzoeken en eventueel zelfs navraag heeft gedaan bij de verkoper over het voortbestaan van de koopovereenkomst. Het lijkt mij dan ook te verstrekkend om de mogelijkheid van derdenbescherming *a priori* in alle gevallen te ontkennen. Door middel van het vereiste van de goede trouw kan afdoende rekening worden gehouden met het bijzondere karakter van het eigendomsrecht en wordt verhinderd dat de derde die enkel vertrouwd op ‘bloßes Gerede’ wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid.

Dergelijke argumenten gelden alleen voor de overdracht van een bestaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde door de niet-rechthebbende. Door sommige Duitse auteurs wordt betoogd dat een derde ook beschermd zou moeten worden indien de vervreemder zich voordoet als rechthebbende van een voorwaardelijk eigendomsrecht, terwijl een zodanig recht in werkelijkheid niet bestaat.³⁸⁹ Een dergelijk geval kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een huurder van een zaak zich jegens een derde voordoet als een koper onder eigendomsvoorbehoud en vervolgens diens beweerdelijke voorwaardelijk eigendomsrecht overdraagt. Daarmee gelijk te stellen is het geval waarin de rechthebbende van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde weliswaar voorwaardelijk eigenaar is, maar onjuiste uitspraken doet over de modaliteiten van het voorwaardelijk eigendomsrecht. Wanneer de koper bijvoorbeeld beweert dat het uitgroeien van diens voorwaardelijk eigendomsrecht uitsluitend afhankelijk is van het betalen van de koopprijs, terwijl in werkelijkheid een verbreed eigendomsvoorbehoud is overeengekomen, bestaat het voorwaardelijk eigendomsrecht van de koper niet op de wijze zoals door hem wordt beweerd. In de Duitse literatuur bestaat een neiging om de derde vanwege het *Abstraktionsprinzip* in bescherming te nemen tegen de verbintenisrechtelijke ballast die is verbonden aan het *Anwartschaftsrecht*, maar waarvan de derde onkundig is.

³⁸⁸ Zo ook Scheltema 2003, p. 365-366.

³⁸⁹ Zie – met verschillende nuances – bijv. Raiser 1961, p. 38, Serick 1963, p. 271, Rinke 1998, p. 197-99, Wieling 2006, p. 810 en Bülow 2012, p. 257.

Hier wrekt zich echter het karakter van de bescherming van artikel 3:86 BW. Artikel 3:86 BW beschermt de derde te goeder trouw tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, maar niet tegen het niet-bestaan van het recht dat wordt overgedragen. Dat ligt besloten in de omstandigheid dat artikel 3:86 BW een *overdracht* als geldig aanmerkt door het gebrek in de beschikkingsonbevoegdheid te helen. Een overdracht veronderstelt een voorwerp dat wordt overgedragen. Bij een translatieve rechtsverkrijging, zoals overdracht, volgt de verkrijger de vervreemder op in een bestaand recht.³⁹⁰ Als het voorwerp van de overdracht niet bestaat, kan de overdracht niet slagen. Door een overdracht kan geen niet-bestaand recht in het leven worden geroepen.³⁹¹

In de Duitse literatuur worden de consequenties van de hier verdedigde opvatting door sommigen wel ‘verblüffend’ genoemd.³⁹² Tot op zekere hoogte is dat inderdaad het geval. Voor een derde te goeder trouw zal immers niet altijd duidelijk zijn of sprake is van een bestaand of niet-bestaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Vanuit het perspectief van de verkrijger verschillen beide situaties niet. Bovendien oogt het vreemd dat de derde te goeder trouw wel zou worden beschermd als de vervreemder van een niet-bestaand voorwaardelijk eigendomsrecht zou hebben beweerd dat hij onvoorwaardelijk eigenaar is. Toch volgt deze conclusie onomstotelijk uit het feit dat geen niet-bestaande rechten door artikel 3:86 BW in het leven kunnen worden geroepen.

Bij de Duitse pleidooien voor een verdergaande derdenbescherming moet bovendien worden bedacht dat de nadruk op de bescherming van derden in geval van een overdracht van het *Anwartschaftsrecht* in de Duitse literatuur in belangrijke mate wordt aangewakkerd door het *Abstraktionsprinzip*.³⁹³ Op grond van dat beginsel zijn in het Duitse recht goederenrechtelijke rechten in beginsel ‘abstract’ vormgegeven, in die zin dat verbintenisrechtelijke rechtsgevolgen geen invloed hebben op het voortbestaan of toebehoren van goederenrechtelijke rechten.³⁹⁴ Het *Abstraktionsprinzip* is daarbij met name ingegeven door de wens om derden niet te confronteren met verbintenisrechtelijke relaties waar zij buitenstaan. Er bestaat een neiging om dit gebrek aan abstractheid van het *Anwartschaftsrecht* te compenseren door een ruimhartige aanvaarding van derdenbescherming. Voor het Nederlandse recht bestaat daartoe minder aanleiding.

390 Zie Von Tuhr 1914, p. 59. Dat ligt anders bij de zogenoemde constitutieve rechtsverkrijging, zoals de vestiging van een beperkt recht. De vestiging schept immers iets wat voorheen nog niet bestond, maar tegelijkertijd is wel sprake van rechtsafleiding. Zie Von Tuhr 1914, p. 62, G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt. Tweede deel*, Groningen: Wolters 1885, p. 31-32 en Suijling 1948, p. 312-313. Vgl. ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 201 onder verwijzing naar T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 404. Hoewel de rechtsgevolgen van de overdracht onder voorwaarde wel iets weg hebben van de constitutieve rechtsverkrijging – er wordt immers een voorwaardelijk eigendomsrecht in het leven geroepen, dat voorheen nog niet bestond – is niettemin sprake van een translatieve wijze van rechtsverkrijging. Het ontstaan van het voorwaardelijk eigendomsrecht geschiedt namelijk enkel als uitvloeisel en bijproduct van de overdracht van de zaak zelf, welke overdracht zonder meer een translatieve rechtsverkrijging is. Vgl. Stolz 2015, p. 949, i.h.b. voetnoot 153. Zie ook Von Tuhr 1914, p. 68 die spreekt van ‘eine der konstitutiven Übertragung verwandte Erscheinung.’ In het in de hoofdttekst behandelde geval is echter geen sprake van een overdracht onder voorwaarde, als gevolg waarvan een voorwaardelijk eigendomsrecht door afsplitsing ontstaat, maar van een onvoorwaardelijke overdracht van een voorwaardelijk eigendomsrecht, hetgeen een translatieve rechtsverkrijging is, die niet kan plaatsvinden als het desbetreffende recht niet bestaat.

391 Zie ook de bedenkingen van Harke 2006, p. 387-388.

392 Baur/Baur & Stürner 2009, p. 847 (alwaar dit resultaat overigens ook wordt aanvaard).

393 Zie hierover in dit verband met name Minthe 1998, *passim*, Rinke 1998, p. 189-200 en Wilhelm 2010, p. 913-914.

394 Zie hiervoor in paragraaf 8.4.5.

8.9.5 *De rechtsverhouding tussen de verkoper en de verkrijger van het
voorwaardelijk eigendomsrecht*

Niet eenvoudig te beantwoorden is de vraag hoe de verhouding is tussen het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, waar het aankomt op het recht om de zaak gedurende de periode van onzekerheid onder zich te hebben (hierna kortweg: het gebruiksrecht). Zolang de eigenaar onder ontbindende voorwaarde en de eigenaar onder opschortende voorwaarde ook de partijen zijn bij de koopovereenkomst, wordt deze vraag beheerst door de koopovereenkomst. Gewoonlijk zal daaruit voortvloeien dat de koper het recht heeft op het gebruik van de zaak gedurende de periode van onzekerheid. Uit de koopovereenkomst vloeit daarmee een obligatoir gebruiksrecht voort. Maar kan de eigenaar onder opschortende voorwaarde zijn gebruiksrecht daarnaast ook baseren op zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde als tegenwerpbaar recht aan derden? Deze vraag krijgt relevantie op het moment dat de koper zijn voorwaardelijk eigendomsrecht overdraagt aan een derde. Tussen de verkoper en de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht bestaat immers geen koopovereenkomst waarop de derde een eventueel gebruiksrecht kan baseren. Dikwijls zal uit de koopovereenkomst zelfs voortvloeien dat de koper verplicht is het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde niet op een wijze over te dragen die gepaard gaat met het uit handen geven van de zaak.³⁹⁵ De vraag die rijst is of de verkoper de zaak vervolgens kan opvorderen van de eigenaar onder opschortende voorwaarde, omdat deze de zaak zonder recht houdt in de zin van artikel 5:2 BW, als gevolg waarvan de eigenaar onder opschortende voorwaarde gehouden is de zaak af te geven aan de verkoper of koper. Indien die vraag ontkennend wordt beantwoord, rijst de vervolgvraag of de eigenaar onder opschortende voorwaarde de zaak ook mag gebruiken.

Het komt mij voor dat een geheel bevredigende oplossing voor dit vraagstuk nauwelijks te geven valt. Dat hangt samen met het volgende. De verkoper heeft er in het algemeen belang bij dat de zaak zich bij de koper bevindt, zodat de verkoper gemakkelijk kan overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, zonder dat hij hoeft te onderzoeken bij welke derde de zaak zich bevindt en zonder dat hij zich hoeft in te laten met anderen dan de koper. Bovendien is het de verkoper niet zonder meer onverschillig wie de zaak onder zich heeft en gebruikt. De koper heeft er daarentegen belang bij zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde te kunnen vervreemden aan anderen. Indien de koper niet in staat is de derde een tegen de verkoper werkend gebruiksrecht te verschaffen, wordt hij sterk beknot in de mogelijkheden om zijn voorwaardelijk eigendomsrecht te vervreemden. Per saldo zou de mogelijkheid tot vervreemding van het voorwaardelijk eigendomsrecht daarmee beperkt blijven tot een levering c.p., waarbij de koper de zaak onder zich houdt.³⁹⁶ Aldus is sprake van een frontale botsing van het belang van de verkoper om de zaak binnen handbereik te houden en het belang van de koper om zonder al te veel belemmeringen te kunnen beschikken over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.

³⁹⁵ Zie hiervoor in paragraaf 8.9.1.

³⁹⁶ Vgl. Derleder 1975, p. 36 en p. 42 die opmerkt dat de mogelijkheid om het *Anwartschaftsrecht* te vervreemden daarmee beperkt wordt tot het inzetten van dat recht als onderpand voor verleend krediet.

Het meest bevredigt naar mijn mening de oplossing die voorrang geeft aan de belangen van de koper en de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Daarvoor pleit het volgende. Zoals hiervoor in paragraaf 8.5.1 is gebleken, kan de koper onder eigendomsvoorbehoud zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde tegenwerpen aan de eigenaar onder ontbindende voorwaarde, indien de verkoper als beschikkingsonbevoegde de zaak onder eigendomsvoorbehoud heeft overgedragen en de koper op het moment van de machtsverschaffing van artikel 3:91 BW voldeed aan de vereisten van artikel 3:86 BW. Daaruit kan in ieder geval worden afgeleid dat de bevoegdheid van de koper om de zaak gedurende de periode van onzekerheid onder zich te houden niet alleen volgt uit de koopovereenkomst met de verkoper maar tevens voortvloeit uit het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zelf. De eigenaar onder ontbindende voorwaarde is immers geen partij bij de koopovereenkomst, maar moet wel gedogen dat de koper de zaak gedurende de periode van onzekerheid onder zich houdt. Dit resultaat wordt onderschreven in de parlementaire geschiedenis, waaruit blijkt dat de wetgever aan het recht van de eigenaar onder opschortende voorwaarde om de zaak onder zich te hebben in zekere zin een goederenrechtelijk karakter heeft gegeven, althans dat recht mede van goederenrechtelijke aard heeft beschouwd.³⁹⁷ Het komt mij voor dat, wanneer aan de koper die van een beschikkingsonbevoegde een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft verkregen een zodanige positie komt die hij kan tegenwerpen aan de eigenaar onder ontbindende voorwaarde, dit *a fortiori* moet gelden voor degene die dit eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van een beschikkingsbevoegde – namelijk de koper – heeft verkregen, terwijl de verkoper de macht over de zaak bovendien zelf heeft afgestaan aan de koper.

Daarmee kan gezegd worden dat de macht die de koper uitoefent over de zaak in zekere zin ‘kleeft’ aan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zelf, en niet uitsluitend voortvloeit uit de koopovereenkomst.³⁹⁸ Aanknopingspunten daarvoor bieden artikel 3:92 lid 1 BW, dat aan een eigendomsvoorbehoud de strekking verbindt dat de zaak in de macht van de ander wordt gebracht, en artikel 3:91 BW dat nadrukkelijk uitgaat van het in de macht brengen van de zaak aan de verkrijger aan wie onder opschortende voorwaarde wordt overgedragen. Hieruit blijkt dat bij de eigendomsoverdracht onder opschortende voorwaarde het in de macht hebben van de zaak een integrerend onderdeel vormt van de rechtspositie van de verkrijger onder opschortende voorwaarde.³⁹⁹

397 Zie hiervoor in paragraaf 8.5.1. In de M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 389-390 wordt in dat verband nog verwezen naar Palandt/Hoche 1965, § 929 BGB, Rn.6 B b) bb), alwaar wordt opgemerkt dat de koper zich reeds voor vervulling van de voorwaarde op zijn gebruiksrecht kan beroepen jegens de eigenaar die niet betrokken is naar de koopovereenkomst, waaruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat de wetgever deze opvatting voor het Nederlandse recht tot de zijne maakt.

398 Rank-Berenschot 1992, p. 230. In die richting ook Mezas 1985, p. 48-49 en Scheltema 2017, p. 101. Anders: Kortmann 1996, p. 189, Verstijlen 2007, p. 828 en Rongen 2017, p. 223. Steun voor deze opvatting bieden bijv. art. 6:180 lid 2 BW en art. 7:10 BW, welke bepalingen immers (mede) berusten op de gedachte dat het risico en de aansprakelijkheid dienen te liggen bij degene die de macht over de zaak uitoefent, omdat diegene in staat is de aan de verkochte zaak verbonden risico's te beheersen. Zie voor art. 7:10 BW hiervoor in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5 en voor de risico-aansprakelijkheden M.v.T., *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6. Naar Duits recht biedt § 107 InsO tegenwoordig een argument voor een goederenrechtelijk gebruiksrecht van de koper, nu de koper zijn gebruiksrecht op grond van die bepaling ook kan tegenwerpen aan de schuldeisers van de verkoper en de curator in diens faillissement. Zie Hoffmann 2016, p. 291-292.

399 Vgl. Bauknecht 1955, p. 1252, Stoll 1967, p. 16 (die daar zelf overigens sceptisch tegenover staat) en Rank-Berenschot 1992, p. 230.

Het in de macht brengen van de zaak vormt voor de totstandkoming van de overdracht onder opschortende voorwaarde immers een centraal vereiste.⁴⁰⁰

Het kwalificeren van de bevoegdheid om de zaak onder zich te hebben als zuiver contractueel staat bovendien op gespannen voet met de erkenning van het zelfstandige karakter en de overdraagbaarheid van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.⁴⁰¹ Weliswaar zou de omstandigheid dat de verkoper de zaak na overdracht van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kan opvorderen van de verkrijger de overdracht van het voorwaardelijk eigendomsrecht niet aantasten,⁴⁰² wel zou de koper daardoor zowel jegens de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde als ook jegens de verkoper tekortschieten in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen. Aldus wordt de koper met de ene hand de mogelijkheid tot overdraagbaarheid gegeven, maar wordt deze mogelijkheid met de andere hand praktisch weer tenietgedaan. Om deze reden moet de erkenning van de zelfstandige overdraagbaarheid van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde gepaard gaan met de mogelijkheid om de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ook de bijbehorende positie met betrekking tot de zaak moet kunnen verschaffen. Een andersluidende opvatting zou het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde in de hand van een ander dan de koper reduceren tot een buitengewoon wankel recht.⁴⁰³

400 Voor de duidelijkheid merk ik daarbij op dat ik hierbij alleen de vraag naar het gebruiksrecht van de eigenaar onder opschortende voorwaarde bespreek in het kader van een overdracht onder opschortende voorwaarde. Voor een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde dat niet tot stand komt door een overdracht onder opschortende voorwaarde, maar bijvoorbeeld bij de vervreemder achterblijft als gevolg van een overdracht onder ontbindende voorwaarde, gelden deze overwegingen niet, nu daar juist uit de levering ex art. 3:90 BW in het kader van de overdracht onder ontbindende voorwaarde volgt dat het gebruiksrecht van de zaak bij de eigenaar onder ontbindende voorwaarde ligt. Vgl. ook Scheltema 2017, p. 101. Maar de argumentatie is hetzelfde: in beide gevallen volgt het recht van de voorwaardelijk eigenaar om de zaak onder zich te hebben uit de levering, die daarmee mede de inhoud van het voorwaardelijk eigendomsrecht vormgeeft. Nog weer anders is de situatie bij een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde in het kader van een tweetrapsmaking. Dat eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde gaat immers – net als bij de overdracht onder ontbindende voorwaarde – niet gepaard met macht over de zaak zelf. In dat verband regelt art. 4:138 BW uitdrukkelijk de rechtsverhouding tussen eigenaar onder ontbindende voorwaarde en opschortende voorwaarde gedurende de periode van onzekerheid, waaruit blijkt dat het recht om de zaak onder zich te hebben berust bij de eigenaar onder ontbindende voorwaarde. Vgl. ook Rummel/Spielbüchler 2000, §§357-360 ABGB, Rn. 9 die onderscheidt tussen het *Anwartschaftsrecht* enerzijds, dat de verkrijging van de onvoorwaardelijke eigendom waarborgt, en een gebruiksrecht anderzijds, dat niet inherent is aan elk *Anwartschaftsrecht*, maar bij het eigendomsvoorbehoud volgens hem gelet op de finaliteit van de *Übergabe* wel goederenrechtelijk karakter heeft. Vgl. ook Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 68, die opmerkt dat het *Anwartschaftsrecht* bij eigendomsvoorbehoud verder strekt dan gewoonlijk op grond van de *Vorwirkungen* van een voorwaardelijke beschikking het geval is. Ten onrechte baseert hij deze verdergaande positie op de omstandigheid dat de koper een wilsrecht zou hebben (zie daarover kritisch paragraaf 8.4.4). Beslissend is m.i. dat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde in dit geval onlosmakelijk samenhangt met de machtsverschaffing. Zie in dit verband ook de beschouwingen van Spielbüchler 1981, p. 505-511 waarin hij vanwege de op eigendomsovergang gerichte levering het gebruiksrecht niet slechts van obligatoire aard beschouwt en de positie van de koper vervolgens vergelijkt met die van een vruchtgebruiker. Dit bijzondere aspect wordt over het hoofd gezien door Koziol 1968, p. 497-498 die eenvoudigweg alle *Anwartschaftsrechte* over een kam scheert.

401 Bauknecht 1955, p. 1252, Georgiades 1963, p. 126, Larenz 1986, p. 117-118, Baur/Baur & Stürner 2009, p. 851 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 43. Vgl. ook Diederichsen 1965, p. 123.

402 Anders: Letzgus 1938, p. 23-24, die aanneemt dat de verschaffing van de feitelijke macht 'endgültig' moet zijn. Zo ook Brecht 1912, p. 289-290. Vgl. Bauknecht 1955, p. 1252 die, teneinde dit resultaat te vermijden, concludeert tot het goederenrechtelijk karakter van het *Anwartschaftsrecht*.

403 Bauknecht 1955, p. 1252 en Diederichsen 1965, p. 128-129.

De hier verdedigde opvatting sluit ook aan bij de strekking van artikel 3:83 lid 1 BW, omdat de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde niet rechtstreeks wordt geconfronteerd met de contractuele beperkingen van de wijze waarop de koper het voorwaardelijk eigendomsrecht mag overdragen. Uit de strekking van artikel 3:83 lid 1 BW volgt immers dat contractuele vervreemdingsverboden of -beperkingen geen gevolgen hebben voor een inmiddels in strijd met een dergelijk verbod verworven positie van een derde en dat degene die het verbod had bedongen zich moet wenden tot zijn wederpartij die in strijd met het verbod heeft gehandeld. Met de hier verdedigde opvatting wordt het scherpe onderscheid behouden tussen het rechtens kunnen en het rechtens mogen en de relatieve werking van een dergelijke vervreemdingsbeperking, in die zin dat de verkoper zich tot de koper moet wenden indien laatstgenoemde in strijd met een daartoe strekkend verbod het voorwaardelijk eigendomsrecht toch door feitelijke overgave van de zaak heeft overgedragen.⁴⁰⁴

De vraag of de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ook een *gebruiksrecht* heeft ten aanzien van de zaak, is daarmee nog niet beantwoord. De bevoegdheid om de zaak te gebruiken heeft als uitgangspunt slechts een contractuele grondslag. De verkoper en de koper kunnen immers ook overeenkomen dat weliswaar terstond de macht over de zaak aan de koper wordt verschaft, maar hij deze vooralsnog niet mag gebruiken. Bij de beoordeling van de vraag of de eigenaar onder opschortende voorwaarde een gebruiksrecht heeft, ligt het dan ook voor de hand om beslissende betekenis toe te kennen aan de vraag in hoeverre het de koper op grond van de koopovereenkomst is toegestaan de zaak te gebruiken en dit gebruik ook af te staan aan derden.⁴⁰⁵ Indien aan de koper de bevoegdheid is toegekend om de zaak uit handen te geven, dan kan de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zijn gebruiksbevoegdheid afleiden uit deze afspraak tussen de verkoper en de koper. Bestond een zodanige bevoegdheid niet, dan heeft de verkrijger van het voorwaardelijke eigendomsrecht geen aan de verkoper tegenwerpbaar gebruiksrecht.⁴⁰⁶ Een afweging van de betrokken belangen van de verkoper, koper en verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde wijst naar mijn mening echter in een andere richting.

In de eerste plaats zou het tamelijk zinledig zijn indien de verkoper de zaak niet zou kunnen opvorderen van de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht, maar laatstgenoemde de zaak desalniettemin niet zou mogen gebruiken. Ten tweede strookt deze oplossing met het feit dat de koper ook een tegen de eigenaar onder ontbindende voorwaarde tegenwerpbaar gebruiksrecht heeft, indien de verkoper als beschikkingsonbevoegde over de zaak heeft beschikt. In de derde plaats sluit het gebruiksrecht van de verkrijger van het voorwaardelijk

404 De door Staudinger/Gursky 2012, § 986 BGB, Rn. 13 als onbevredigend bestempelde consequentie dat de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zich kan verweren tegen de revindicatie door de verkoper, wanneer laatstgenoemde de koper een *Besitzpflicht* heeft opgelegd, moet om deze redenen derhalve voor lief worden genomen.

405 Zo bijv. Rühl 1930, p. 106-107, Serick 1963, p. 272 en p. 276, Mayrhofer 1969b, p. 287, Frotz 1970, p. 72, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 594-595, BGB-RGRK/Pikart 1979, § 986 BGB, Rn. 9, Brox 1984, p. 659, Rummel/Spielbüchler 2000, §§357-360 ABGB, Rn. 9, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 49, Wilhelm 2010, p. 913, Staudinger/Gursky 2012, § 986 BGB, Rn. 13 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 38. Zie uit de Oostenrijkse rechtspraak OGH 29 mei 1990, zaaknr. 50b642/89. Vgl. echter ook Klang/Kodek 2011, § 366 ABGB, Rn. 106.

406 In die richting ook Struycken 2016, p. 183-184.

eigendomsrecht aan bij de rechtsgevolgen van het eigendomsvoorbehoud, in die zin dat de verkoper door als eerste te presteren met betrekking tot de (af)leveringsverplichting, als gevolg waarvan hij zijn gebruiksbevoegdheden ten aanzien van de zaak gedurende de periode van onzekerheid heeft afgestaan aan de koper.⁴⁰⁷ Eerst door ontbinding van de koopovereenkomst kan de verkoper bewerkstelligen dat hij ook weer de zeggenschap over het gebruik van de zaak verkrijgt. Voor die tijd kan de verkoper zijn reeds nagekomen verplichting niet ongedaan maken. Weliswaar berusten deze rechtsgevolgen op de tussen de verkoper en de koper gesloten koopovereenkomst, maar gelet op de hiervoor genoemde argumenten over de zelfstandige overdraagbaarheid van het voorwaardelijk eigendomsrecht moet mijns inziens eveneens worden aangenomen dat, zolang de koopovereenkomst in stand is, hetzelfde geldt voor de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, die daardoor per saldo een goederenrechtelijk gebruiksrecht aan zijn voorwaardelijk eigendomsrecht kan ontfangen, zolang de koopovereenkomst nog vervuld kan worden en het voorwaardelijk eigendomsrecht derhalve nog bestaat. Aldus wordt bewerkstelligd dat het gebruik door de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht niet met een hardere sanctie wordt bedreigd, dan in geval van gebruik door de koper in strijd met de koopovereenkomst.⁴⁰⁸ Zolang de verkoper derhalve op basis van de koopovereenkomst niet gerechtigd zou zijn de zaak van de koper op te vorderen, dient hetzelfde te gelden voor de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht.⁴⁰⁹

Volstrekt zeker is de positie van de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde daarmee echter niet. Indien het uit de macht geven van de zaak of het gebruik door de derde in strijd komt met de tussen verkoper en de koper gesloten koopovereenkomst, kan de verkoper de koopovereenkomst ontbinden als gevolg waarvan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde komt te vervallen.⁴¹⁰ Denkbaar is evenwel dat de mogelijkheid om tot ontbinding over te gaan in voorkomende gevallen wordt begrensd, indien het belang van de verkoper door de tekortkoming niet of nauwelijks is geschaad. Daarvan kan onder meer sprake zijn indien de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde vrijwillig bereid is de zaak weer af te staan aan de koper of aanbiedt de verschuldigde prestatie binnen afzienbare tijd aan de verkoper te voldoen.⁴¹¹

8.9.6 *De invloed van de verkoper en de koper op de stabiliteit van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde*

Hiervoor is er reeds meermalen op gewezen dat de aan de overdracht ten grondslag liggende koopovereenkomst een stempel drukt op de modaliteiten van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Aangezien de nakoming van de koopovereenkomst door de koper de inhoud vormt van de voorwaarde waarvan de

407 Derleder 1975, p. 40-42. Vgl. ook Georgiades 1963, p. 126-127. Anders: Gudian 1967, p. 1788.

408 Derleder 1975, p. 41.

409 Georgiades 1963, p. 126-127, Derleder 1975, p. 40-42, Larenz 1986, p. 117-118 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 43.

410 Derleder 1975, p. 42 en Mezas 1985, p. 49.

411 Zoals Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 590 zal het in ieder geval in het belang van de verkoper zijn om de derdeverkrijger de mogelijkheid te geven de koopprijs te voldoen.

eigendomsoverdracht afhankelijk is gemaakt, bepaalt de inhoud van de koopovereenkomst – over de boeg van de voorwaarde – tevens de modaliteiten en stabiliteit van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.

Dit causale karakter van het voorwaardelijk eigendomsrecht blijft ook behouden na een overdracht van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde door de koper aan een derde.⁴¹² Vervolgens is het de vraag in hoeverre de verkoper en de koper de mogelijkheid hebben om invloed uit te oefenen op de rechtspositie van de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht door wijziging van de koopovereenkomst. Aangezien de koopovereenkomst via de voorwaarde van invloed is op de modaliteiten van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, lijkt het denkbaar dat partijen via een wijziging van de koopovereenkomst een wijziging van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kunnen bewerkstelligen. Daarbij kan gedacht worden aan het geval dat partijen in eerste instantie uitsluitend een eenvoudig eigendomsvoorbehoud zijn overeengekomen, maar nadien het eigendomsvoorbehoud verbreden tot andere vorderingen.⁴¹³ Daardoor wordt de verkrijging van de onvoorwaardelijke eigendom afhankelijk gesteld van de voldoening van nadere vorderingen, waardoor de positie van de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ogenschijnlijk verslechtert.

Toch is dat niet het geval. De inhoud van de voorwaarde vormt een integrerend onderdeel van het voorwaardelijk eigendomsrecht: de voorwaarde is ‘ingebakken’ in het eigendomsrecht zelf.⁴¹⁴ Aangezien de voorwaarde de modaliteiten van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde bepaalt, is een goederenrechtelijke mutatie noodzakelijk om tot een wijziging van dit recht te komen.⁴¹⁵ De wijziging van de voorwaarde leidt immers ook tot een herschikking van de beide voorwaardelijke eigendomsrechten. Teneinde derhalve aan de obligatoire wijziging van de voorwaarde ook op goederenrechtelijk niveau gevolg te geven, is daarvoor een beschikkingshandeling nodig, die in het algemeen besloten zal liggen in de wijziging van de voorwaarde zelf.⁴¹⁶ Wanneer daarentegen een ander dan de koper rechthebbende van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is, zal de wijziging van de voorwaarde door de verkoper en de koper goederenrechtelijk geen effect kunnen sorteren, nu voor wijziging van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde beschikkingsbevoegdheid is vereist. Aangezien

412 Raiser 1961, p. 31, Serick 1963, p. 252-253, Larenz 1986, p. 116-117, Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 828 en p. 837, Westermann 2010, p. 514-515, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 92 en MünchKommBGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 49. Zie uit de rechtspraak BGH 24 oktober 1979, *NJW* 1980, 175.

413 Een dergelijke wijziging van de voorwaarde moet worden beschouwd als een wijziging van de titel die aan de voorwaardelijke overdracht ten grondslag ligt, zodat daarvoor een daartoe strekkende overeenkomst is vereist, die medewerking van zowel verkoper als koper vergt. Zie voor afstand van de voorwaarde – waarmee evenzeer de koopovereenkomst wordt gewijzigd – en de vraag in hoeverre een ander, zoals de verkrijger van (een pandrecht op) het voorwaardelijk eigendomsrecht, de koper daarbij kan vertegenwoordigen HR 28 november 2014, *NJ* 2016, 90 m.nt. H.J. Snijders (*Snippers q.q./Rabobank*).

414 Vgl. punt 7 en 8 van de noot van F.M.J. Verstijlen onder HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 (*Rabobank/Reuser*).

415 Vgl. Everts 1883, p. 100-101.

416 Zie in deze richting Stolz 2015, p. 1009.

een wijziging van de voorwaardelijke overdracht de beide voorwaardelijke eigendomsrechten modificeert, is daarvoor vereist dat de eigenaar onder ontbindende voorwaarde en de eigenaar onder opschortende voorwaarde daarbij betrokken zijn. Door een beschikkingsonbevoegde kunnen de karaktertrekken van het goederenrechtelijk recht immers niet ten detrimente van de rechthebbende worden gewijzigd.⁴¹⁷

Uit het arrest *Helmig/Smit q.q.* volgt mijns inziens niets anders.⁴¹⁸ In dat arrest stond de vraag centraal of bij een cessie tot zekerheid een nieuwe cessie noodzakelijk is, indien partijen na de cessie overeenkomen dat de gecedeerde vordering mede tot zekerheid zal strekken van een andere schuld. De Hoge Raad beantwoordde die vraag ontkennend en baseerde zijn oordeel op de omstandigheid dat bij de cessie tot zekerheid 'anders dan bij verpanding, het tot zekerheid dienende recht in zijn geheel aan den schuldeiser wordt overgedragen, zodat voor een nieuwe overdracht tot zekerheid van een andere schuld, geen plaats is.' Uitgegaan werd derhalve van een onvoorwaardelijke cessie tot zekerheid en niet van een cessie onder ontbindende voorwaarde van voldoening van de schuld waarvoor de vordering tot zekerheid is gecedeerd. Wel besteedde de Hoge Raad in een overweging ten overvloede nog aandacht aan de situatie dat wel sprake zou zijn van een zekerheidscessie onder ontbindende voorwaarde. Daarbij oordeelde hij dat de schriftelijke vorm in een dergelijk geval niet mede in acht behoefde te worden genomen voor de naderhand plaatsvindende uitbreiding van de vorderingen. Ook daaraan kan voor het huidige recht niets worden afgeleid, nu onder het oude recht niet uitgegaan placht te worden van een systematiek waarbij de voorwaarde leidde tot een inhoudelijke modificatie van het recht zelf, maar de terugwerkende kracht gehanteerd werd als verklaringsmechanisme. In een zodanig geval speelt de wijziging van de voorwaarde zich uitsluitend af op obligatoir niveau, zonder dat zij leidt tot een goederenrechtelijke mutatie van het recht zelf. Bovendien was in het arrest niet de vraag aan de orde in hoeverre een dergelijke uitbreiding ook zou kunnen geschieden indien de rechten van derden daarbij betrokken waren.

Deze hier bepleite benadering stemt in resultaat overeen met de oplossing van het Duitse recht, zij het dat het Duitse recht op dit punt moeilijkheden kent bij de onderbouwing van dit zowel in literatuur als rechtspraak wenselijk geachte resultaat. Deze moeilijkheden komen voort uit de omstandigheid dat het verband tussen het eigendomsrecht op de zaak, de eigendomsoverdracht en het *Anwartschaftsrecht* in de Duitse doctrine buitengewoon raadselachtig is,⁴¹⁹ als gevolg waarvan niet duidelijk naar voren komt op welke wijze een wijziging van (een van de vereisten voor) de eigendomsoverdracht doorwerkt in het *Anwartschaftsrecht* van de koper.⁴²⁰ Het BGH stelde in een geval waarin een eenvoudig

417 Vgl. Stolz 2015, p. 1010.

418 HR 17 juni 1960, *NJ* 1962, 60.

419 Zie daarover hierna in paragraaf 8.10.1.

420 Vgl. Rinke 1998, p. 204-205 en Mühlbert 2002, p. 922-923. Vgl. ook Gernhuber 1981, p. 39-49.

eigendomsvoorbehoud na een zekerheidsoverdracht door de koper van het *Anwartschaftsrecht* tot een verbreed eigendomsvoorbehoud werd uitgebreid door de verkoper en de koper, voorop dat de koper niet zonder toestemming van de *Anwartschaftszweiterwerber* ‘beliebig über das Anwartschaftsrecht’ kan beschikken:

‘Unter einer Verfügung ist ein Rechtsgeschäft zu verstehen, durch das der Verfügende auf ein Recht unmittelbar einwirkt, es also entweder auf einen Dritten überträgt oder mit einem Recht belastet oder das Recht aufhebt oder es sonstwie in seinem Inhalt ändert (...). Wird der im Kaufvertrag vereinbarte Eigentumsvorbehalt nachträglich in der Weise ausgedehnt, daß der Einigung über den Eigentumsübergang anstelle der Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises die Bedingung der Tilgung weiterer Forderungen aus der Geschäftsverbindung zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer beigefügt wird, daß also die Kaufsache als Kreditmittel für andere, sich nicht aus dem Kaufvertrag ergebende Forderungen eingesetzt wird, so führt ein solches Rechtsgeschäft unmittelbar zu einer inhaltlichen Änderung des Anwartschaftsrechts, welches sich als das auf eine Sache beziehende bedingte Eigentumsrecht darstellt (...). Zu einer derartigen Inhaltsänderung ist der Vorbehaltskäufer nach Übertragung des Rechts auf einen Dritten infolge fehlender Rechtszuständigkeit (§ 185 BGB) nicht mehr befugt.’⁴²¹

Onduidelijk blijft in de uitspraak op welke wijze een wijziging van de voorwaarde en de goederenrechtelijke overeenkomst, waaraan de voorwaarde is verbonden, leidt tot een wijziging van het *Anwartschaftsrecht*. Naar Nederlands recht laat zich dit eenvoudig verklaren. Het voorwaardelijk eigendomsrecht is de resultante van de voorwaardelijke overdracht (art. 3:84 lid 4 BW), zodat een wijziging van de voorwaardelijke overdracht ook een wijziging van het voorwaardelijke recht bewerkstelligt. Teneinde een dergelijke wijziging te bewerkstelligen, is derhalve beschikkingsbevoegdheid vereist. Aangezien naar Duits recht minder duidelijk is wat de samenhang is tussen de voorwaardelijke overdracht en het *Anwartschaftsrecht*, laat zich een dergelijke argumentatie voor het Duitse recht minder goed voorstellen. Toch lijkt het BGH uiteindelijk ook in die richting te denken, nu hij opmerkt dat het *Anwartschaftsrecht* een ‘auf eine Sache beziehende[s] bedingte[s] Eigentumsrecht darstellt.’

Geheel overtuigd van zijn eigen motivering lijkt het BGH echter niet, aangezien hij deze constatering laat volgen door een trits wenselijkheidsargumenten: in de rechtspraak en literatuur is aan de rechthebbende van een *Anwartschaftsrecht* een sterke positie toegekend, die het hem mogelijk maakt ‘den Wert, der in der Chance des Erwerbs des Vollrechts liegt, bereits in der Gegenwart zu Kreditzwecken für sich zu nutzen.’ Het zou met de functie van het *Anwartschaftsrecht* en de gerechtvaardigde belangen van het handelsverkeer op gespannen voet staan dat de koper na de overdracht van het *Anwartschaftsrecht*, dit recht zonder toestemming van de rechthebbende economisch zou kunnen ‘entwerten’. Dat het oordeel van het BGH bovendien niet enkel volgt uit het feit dat de wijziging van de voorwaarde een beschikking is, blijkt verderop waar hij opmerkt dat in elk afzonderlijk geval beoordeeld moet worden in hoeverre een *Aufhebung* van de

⁴²¹ BGH 24 oktober 1979, *NJW* 1980, 175. Anders Stolz 2015, p. 1010, voetnoot 406, die de rechtspraak van het BGH aldus interpreteert dat de verkrijger van het *Anwartschaftsrecht* zich alle wijzigende partijafspraken tussen verkoper en koper zou moeten laten welgevalen.

koopovereenkomst al dan niet gerechtvaardigd is en derhalve kan worden bewerkstelligd zonder toestemming van de verkrijger van het *Anwartschaftsrecht*.⁴²² Ondanks – of misschien juist vanwege – het feit dat het BGH het oordeel voornamelijk op wenselijkheidsoverwegingen baseert, is het oordeel in de Duitse literatuur overwegend instemmend ontvangen, zij het dat dikwijls een afwijkende argumentatie wordt aangedragen ter onderbouwing van het resultaat.⁴²³

Van belang is wel dat de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht op grond van het voorgaande niet beschermd is tegen alle handelingen van de koper en de verkoper die uitwerking hebben op het voorwaardelijk eigendomsrecht. Wanneer deze kwetsbaarheid van het voorwaardelijk eigendomsrecht van meet af aan is ingebakken in het voorwaardelijk eigendomsrecht zelf, moet de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde dit tegen zich laten gelden.⁴²⁴ Daarvan is sprake bij ontbinding van de koopovereenkomst. Het causale karakter van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ligt vanaf de totstandkoming van de voorwaardelijke overdracht besloten in het recht zelf, zodat de verkrijger het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde slechts behept met het causale karakter kan verkrijgen. Wanneer de verkoper – of de koper – derhalve overgaat tot ontbinding van de koopovereenkomst, vervalt het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, ook als inmiddels een ander dan de koper rechthebbende is van dat recht. De ontbinding van de koopovereenkomst heeft derhalve niet te gelden als een nadien intredende wijziging van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.

8.10 De uiteindelijke eigendomsverkrijging door de eigenaar onder opschortende voorwaarde

Als de voorwaarde in vervulling gaat, wordt de koper – overeenkomstig de bedoelingen van partijen – onvoorwaardelijk eigenaar van de zaak. In deze paragraaf wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan de vraag op welke wijze deze eigendomsverkrijging zich laat inpassen in het goederenrechtelijk systeem, wat de gevolgen van de eigendomsverkrijging zijn voor beperkte rechten die op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zijn gevestigd en op welke wijze de koper het bezit van de verkochte zaak verkrijgt.

8.10.1 Het uitgroeien van het eigendomsrecht

Het eigendomsvoorbehoud heeft – als verschijningsvorm van een overdracht onder opschortende voorwaarde – de strekking dat de verkrijger onvoorwaardelijk eigenaar wordt, indien de voorwaarde, waarvan de eigendomsoverdracht afhankelijk is gemaakt, in vervulling gaat. Dat de koper door betaling van de verschuldigde tegenprestatie onvoorwaardelijk eigenaar wordt, staat derhalve

422 Vgl. HKK-BGB/Finkenauer 2003, §§ 158-163 BGB, Rn. 31 die spreekt van 'einer wenig vorhersehbaren Billigkeitsrechtsprechung im Einzelfall.'

423 Zie bijv. Serick 1982, p. 483-485, Larenz 1986, p. 116, Wilhelm 2010, p. 916-917, Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 364 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 50.

424 Vgl. Lux 2004, p. 147 die spreekt van 'die mit dem Anwartschaftsrecht bereits beim Erwerb verbundenen Schwächen.'

buiten kijf.⁴²⁵ Er bestaat daarentegen weinig aandacht voor de vraag op welke wijze deze onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging plaatsvindt.

Geregeld wordt volstaan met de constatering dat hert eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde door vervulling van de voorwaarde ‘uitgroeit’ tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht.⁴²⁶ Maar hoe laat zich binnen het goederenrechtelijk systeem verklaren dat dit recht zich na vervulling van de voorwaarde kan ontpoppen als een onvoorwaardelijk eigendomsrecht? Dit rechtsgevolg vloeit voort uit de systematiek van het Nederlandse recht bij een voorwaardelijke beschikking, waarin de voorwaarde aan het eigendomsrecht zelf wordt verbonden. Gedurende de periode van onzekerheid bestaan er twee eigendomsrechten die niet alleen elkaars complement vormen, maar ook spiegelbeeldig zijn, in die zin dat zij elkaar uiteindelijk uitsluiten. Zowel het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde als het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde heeft het in zich om (weer) onvoorwaardelijk te worden, al naar gelang de voorwaarde in vervulling gaat of vervalt.

Het uitgroeien van het opschortend voorwaardelijk eigendomsrecht tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht laat zich daarmee verklaren door het feit dat dit eigendomsrecht door vervulling van de voorwaarde zijn werking verkrijgt (vgl. art. 6:22 BW). Doordat tegelijkertijd het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde vervalt, wordt de koper onvoorwaardelijk eigenaar van de zaak. Zo bezien is de vraag op welke wijze het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kan uitgroeien tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht niets anders dan de vraag hoe het kan dat een verbintenis onder opschortende voorwaarde pas werking verkrijgt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat en daardoor een volwaardige verbintenis wordt.⁴²⁷

Hiervoor is al opgemerkt dat het opschorten van de werking van een rechtshandeling door middel van een opschortende voorwaarde berust op de door de wet gesanctioneerde partijautonomie.⁴²⁸ Het staat partijen vrij te bepalen dat een overdracht pas effect sorteert op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.⁴²⁹ Weliswaar verbinden partijen de opschortende voorwaarde aan de overdracht, als gevolg van de doorwerking van de aan de titel of goederenrechtelijke overeenkomst verbonden voorwaarde, maar artikel 3:84 lid 4 BW verbindt aan een dergelijke partijafpraak vervolgens de consequentie dat reeds voordien een recht overgaat dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen. Daarmee transposeert artikel 3:84 lid 4 BW de aan de overdracht verbonden voorwaarde naar het recht dat uit hoofde van die overdracht wordt verkregen. Het staat partijen vrij de rechtsgevolgen van een overdracht vooralsnog in te snoeren, in die zin dat de verkrijger pas (onvoorwaardelijk) eigenaar wordt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.

425 Afgezien van het geval dat de verkoper beschikkingsonbevoegd was en de koper niet voldeed aan de vereisten van art. 3:86 BW op het moment van de machtsverschaffing van art. 3:91 BW.

426 Zie bijv. Rank-Berenschot 1992, p. 229, Peter 2007, p. 153 en Rongen 2014, p. 314.

427 Scheltema 2003, p. 301 werpt de retorische vraag op hoe het kan dat de rechtspositie van de eigenaar onder ontbindende voorwaarde na vervulling van de voorwaarde tenietgaat, hetgeen hij raadselachtig lijkt te vinden. Het antwoord op die vraag is echter verwant aan het antwoord op de vraag hoe het kan dat een verbintenis onder ontbindende voorwaarde door vervulling van de voorwaarde kan vervallen (art. 6:22 BW).

428 Zie paragraaf 8.2.1.

429 Vgl. Forkel 1962, p. 52-53 en Georgiades 1963, p. 98-99.

Het uitgroeien van het eigendomsrecht volgt dus uit de mogelijkheid die de wet aan partijen geeft om de werking van de overdracht vooralsnog op te schorten. Daaraan verbindt de wet vervolgens de gevolgtrekking dat gedurende de periode van onzekerheid twee eigendomsrechten bestaan, die door verval of vervulling van de voorwaarde respectievelijk tenietgaan of uitgroeien tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht. Op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, vindt derhalve geen rechtsovergang plaats. Zoals hiervoor is betoogd,⁴³⁰ voltrekt het ‘derivatieve moment’ van de overdracht zich op het moment dat aan alle vereisten voor overdracht is voldaan en de koper meteen een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt.⁴³¹ Daarbij moet de gedachte worden verworpen dat op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat ook het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde overgaat – of zelfs door elke deelbetaling gedeeltelijk zou overgaan – op de koper en de koper door samenvoeging en vermenging van beide eigendomsrechten onvoorwaardelijk eigenaar zou worden.⁴³² Als gevolg van vervulling van de voorwaarde gaat het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde niet over op de koper, maar vervalt dit recht (art. 6:22 BW).⁴³³

Eveneens onjuist is de benadering volgens welke het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper door elke deelbetaling ook gedeeltelijk uitgroeit, als ware het een ballon die door elke betaling gedeeltelijk wordt opgeblazen. Het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft immers tot vervulling van de voorwaarde geen werking. Dit eigendomsrecht krijgt ook niet steeds ‘een beetje meer werking’ door elke deelbetaling die vervulling van de voorwaarde dichterbij brengt. Hoewel de benadering van het gedeeltelijk uitgroeien aanschouwelijk maakt dat het economisch belang van de eigenaar onder opschortende voorwaarde bij de zaak met elke deelbetaling toeneemt, heeft zij rechtens geen waarde. Een opschortende voorwaarde bewerkstelligt dat een verbintenis – of in dit geval: een eigendomsrecht – tot vervulling van de voorwaarde geen werking heeft. Gaat de voorwaarde in vervulling dan verkrijgt de verbintenis of het eigendomsrecht op dat moment in een keer de volledige werking.

⁴³⁰ Zie het slot van paragraaf 8.2.6.

⁴³¹ Zie ook Van Hees 1997, p. 99 die opmerkt dat art. 3:84 lid 4 BW tot gevolg heeft dat ondanks de voorwaarde een onmiddellijke rechtsverkrijging plaatsvindt, waarbij het recht een voorwaardelijk karakter heeft. Zo bezien is het verschil met het stelsel waarin vervulling van de voorwaarde terugwerkende kracht heeft, op dit punt niet aanwezig. De rechtsverkrijging heeft door de werking van art. 3:84 lid 4 BW immers ook op het moment van de levering plaatsgevonden. Zie treffend Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 324 en nr. 411. Dat het recht pas bij vervulling van de voorwaarde onvoorwaardelijk wordt, neemt niet weg dat de rechtsverkrijging al op dat moment heeft plaatsgevonden. Vgl. ook Scheltema 2003, p. 305 volgens wie overigens een stelsel met terugwerkende kracht desondanks de voorkeur verdient. M.i. dient een rechtsstelsel echter bij voorkeur geen ficties te hanteren, waar dat niet nodig is. Bovendien geeft een stelsel met terugwerkende kracht uitsluitend achteraf oplossingen voor problemen die gedurende de periode van onzekerheid bestaan. Dat is bezwaarlijk wanneer die periode een langere tijd bestrijkt. Vgl. Meijers 1948, p. 91.

⁴³² In die richting echter Stolz 2015, p. 950 die spreekt over het ‘heen-en-weer schuiven’ van voorwaardelijke eigendomsrechten. Zie ook Mijnsen 1981, p. 646 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 243, alwaar wordt gesproken over het ‘terugkeren’ van het recht naar de vervreemder. Anders dan Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 200 opmerken, is geen sprake van een verkrijging onder bijzondere titel op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.

⁴³³ Zie M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 145 waar terecht wordt opgemerkt dat vervulling van de voorwaarde bewerkstelligt dat het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde eindigt. In gelijke termen T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 186: ‘De vervulling der voorwaarde doet hier rechten vervallen.’

Het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verschilt niet in omvang of inhoud al naar gelang de vervulling van de voorwaarde nog lang niet te verwachten is of juist aanstaande is.⁴³⁴

De laatstgenoemde visie lijkt te zijn beïnvloed door het Duitse recht, waarin veelal wordt uitgegaan van een dergelijke organische ontwikkeling van het *Anwartschaftsrecht* tot het uiteindelijke eigendomsrecht.⁴³⁵ Deze benadering vloeit voort uit de oorsprong van de leer van het *Anwartschaftsrecht*, zoals zij tot ontwikkeling is gekomen aan het einde van de negentiende eeuw. Zij berust op de gedachte dat wanneer voor de overgang van een recht meerdere vereisten gelden en deze vereisten bovendien achtereenvolgens kunnen worden vervuld, met de vervulling van elk afzonderlijk vereiste de rechtsverkrijging dichterbij komt en meer wordt veilig gesteld.⁴³⁶ Daarmee wordt ook de positie van de verkrijger steeds sterker, nu zijn verwachting dat hij het recht ook daadwerkelijk zal verkrijgen, steeds zekerder wordt. De *Anwartschaftsrechtslehre* knoopt aan bij deze steeds sterker wordende verwachting, waarin zich een bepaald belang van de verkrijger manifesteert.⁴³⁷ In deze theorie wordt uitgegaan van een stapsgewijze ontwikkeling van de rechtsverkrijging, waarbij dikwijls de vergelijking wordt gemaakt met de *nasciturus*.⁴³⁸ Bij een dergelijke stapsgewijze benadering ligt de gedachte voor de hand dat het *Anwartschaftsrecht* ook met elke deelbetaling uitgroeit, nu daarmee vervulling van de voorwaarde immers dichterbij komt.

Deze benadering – waarop de hele ontwikkeling van het *Anwartschaftsrecht* berust – is symptomatisch voor de gebrekkige dogmatische fundering van dit recht in het goederenrechtelijk systeem. Tekenend is de wijze waarop het *Anwartschaftsrecht* volgens de heersende leer ontstaat en op welke wijze de uiteindelijke eigendomsverkrijging van de rechthebbende van het *Anwartschaftsrecht* plaatsvindt. Aangenomen wordt dat het *Anwartschaftsrecht* niet door de verkoper aan de koper wordt verschaft of overgedragen, maar dat dit recht simpelweg ‘ontstaat’ in de persoon van de verkrijger op het moment dat hij een beschermde rechtspositie heeft.⁴³⁹ Waar dit *Anwartschaftsrecht* precies vandaan komt, wordt daarbij niet duidelijk.⁴⁴⁰ In ieder geval is duidelijk dat dit *Anwartschaftsrecht* van de verkrijger

434 Schnorr von Carolsfeld 1939, p. 179, Raiser 1961, p. 65 en Serick 1963, p. 252, voetnoot 51.

435 Zo bijv. Serick 1959, p. 174 en – met illustratie – Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 827.

436 Zie E. Zitelmann, *Internationales Privatrecht. Zweiter Band*, München: Duncker & Humblot 1912, p. 50-53, Von Tuhr 1914, p. 18-21, Raiser 1961, p. 3-4, Forkel 1962, p. 20-22 en 35-57 en Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 61. Vgl. ook Blomeyer 1938, p. 9 die opmerkt dat het Duitse recht voor voorwaardelijke beschikkingen daarmee deels een andere benadering heeft gekozen dan het gemene recht doordat de nadruk niet zozeer is komen te liggen op de *Vorwirkungen*, maar op de successieve totstandkoming van een beschikking. Wanneer men echter bedenkt dat de *Anwartschaftslehre* vervolgens de *Vorwirkungen* in het *Anwartschaftsrecht* is gaan lezen (zo bijv. Von Tuhr 1914, p. 19, Flume 1962, p. 394, Forkel 1962, p. 33-34, p. 64-101 en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 17) en de functie van zowel het *Anwartschaftsrecht* als van de *Vorwirkungen* is gelegen in het veiligstellen dat vervulling van de voorwaarde het beoogde rechtsgevolg heeft, is de cirkel weer rond. Vgl. Schiemann 1973, p. 144-145. Zie voor Oostenrijk Klang/Beclin 2011, § 897 ABGB. Rn. 52.

437 Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 69. Vgl. ook Forkel 1962, p. 124: ‘In der Tat liegt ein Entwicklungsstadium oder eine Vorstufe des Rechts vor, und sie bildet die Grundlage eins jeden Anwartschaftsrecht.’

438 Von Jhering 1871, p. 461. Zo nog Serick 1993, p. 68.

439 Zie bijv. Wieling 2006, p. 793-794, Palandt/Bassenge 2014, § 929 BGB, Rn. 38 en MünchKomm-BGB/Westermann 1995, § 455 BGB, Rn. 47: ‘Es wird überhaupt nicht gezielt eine Anwartschaft begründet.’ Vgl. de kritiek van Mühlbert 2002, p. 935-936.

440 Zie ook de bedenkingen van Brecht 1912, p. 272-273.

naast het eigendomsrecht van de vervreemder staat, die nog altijd onvoorwaardelijk eigenaar is.⁴⁴¹ Op welke wijze een zodanige vermenigvuldiging van rechten zou kunnen plaatsvinden is buitengewoon raadselachtig.⁴⁴² Nog merkwaardiger wordt deze benadering op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. De vervulling van de voorwaarde heeft tot gevolg dat het *Anwartschaftsrecht* uitgroeit tot het eigendomsrecht van de verkochte zaak.⁴⁴³ Hoe dit *Anwartschaftsrecht* – dat *naast* de eigendom van de zaak staat! – zich op dat moment ontwikkelt tot het eigendomsrecht van de zaak blijft buitengewoon duister en is niet minder mystiek dan de gedaanteverwisseling die Gregor Samsa tot wanhoop dreef.⁴⁴⁴

Men kan zich afvragen of in een dergelijke benadering nog wel gesproken kan worden van een derivatieve rechtsovergang, nu het *Anwartschaftsrecht* uit het niets ontstaat in de persoon van de verkrijger en vervolgens zelfstandig uitgroeit tot een eigendomsrecht. Terecht heeft Blomeyer zich dan ook gekeerd tegen deze benadering:

‘Er [de rechtsverkrijging; toevoeging EFV] geschieht nicht durch rechtsgeschäftliche Übertragung, sondern in einer Weise, die nur ein Wundergläubiger hinnehmen kann! Ein deus ex machina überführt das Recht ‚ipso iure‘ auf die Partei, die es durch die bedingte Überführung eben nicht erhalten hatte. Dieser Übergang ist einfach ein Mirakel, denn er fällt aus unserem Rechtssystem völlig heraus.’⁴⁴⁵

441 Zie bijv. Staudinger/Bork 2015, Vorbem zu §§ 158 ff BGB, Rn. 56 die het *Anwartschaftsrecht* beschouwt als een ‘vom dinglichen Vollrecht verschiedenes Recht’ en MünchKomm-BGB/Oechsler 2017, § 929 BGB, Rn. 17 die opmerkt dat ‘das Anwartschaftsrecht als eigenes subjektives dingliches Recht neben das Eigentum tritt.’ Zo ook Diederichsen 1965, p. 125. Vgl. Bartels 1997, p. 89 en Struycken 2007, p. 557. Kritisch MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 36 die opmerkt dat het gevaar op de loer ligt ‘das Anwartschaftsrecht als ein gegenüber dem zu erwerbenden Eigentum verselbstständigtes Recht misszuverstehen.’ Zie ook kritisch L. Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Band II: Die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte*, Marburg: Elwert 1889, p. 440 die bezwaar maakt tegen de benadering waarin ‘die Rechte sich (...) aus einem unscheinbaren Keim (...) zur ausgewachsenen Existenz entwickeln.’

442 Een iets overtuigender verband tussen *Anwartschaftsrecht* en het eigendomsrecht wordt gelegd door Von Tuhr 1914, p. 68 die aanneemt dat bij een voorwaardelijke beschikking ‘eine aus dem Recht des Veräußerers abgezwigte Anwartschaft [entsteht], welche sich bei Eintritt der Bedingung (...) in das Vollrecht verwandelt.’ In die richting ook Schnorr von Carolsfeld 1939, p. 179 en Diederichsen 1965, p. 125. Ook dan blijft echter onduidelijk hoe het *Anwartschaftsrecht* zich in het eigendomsrecht kan veranderen.

443 Zie bijv. Raiser 1961, p. 11: ‘Die Anwartschaft erlischt nicht, sondern ergänzt sich zum vollen Recht.’ In gelijke termen Rühl 1930, p. 87, Letzgus 1938, p. 15, Bauknecht 1955, p. 1253, Serick 1963, p. 54, Diederichsen 1965, p. 125, Larenz 1986, p. 115, Wieling 2006, p. 813, Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 843 en Bülow 2012, p. 254. Soms wordt daarentegen juist aangenomen dat het *Anwartschaftsrecht* door vervulling van de voorwaarde tenietgaat (zo bijv. Reinicke 1941, p. 34) of – nog spectaculairder – tenietgaat omdat het uitgroeit tot het eigendomsrecht. Zo bijv. Leible & Sosnitza 2001, p. 345 en Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 93. Kritisch: Pohle 1956, p. 751-752.

444 Zie bijv. Schnorr von Carolsfeld 1939, p. 183 die opmerkt dat het *Anwartschaftsrecht* ‘zur Entstehung kommen muß’, zodat ‘sich von selbst nach Bedingungseintritt Eigentum aus ihr entwickelt.’ Zie ook de kritiek van E. Eichenhofer, ‘Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen von Vorbehaltseigentum –’, *AcP* 1985, p. 169-201 op dit *Trennungsdenken* in de Duitse doctrine, waarmee het *Anwartschaftsrecht* nadrukkelijk naast het eigendomsrecht op de zaak wordt geplaatst. Vgl. ook Mühlbert 2002, p. 937-940.

445 Blomeyer 1954, p. 248. Zie ook Blomeyer 1938, p. 9 waar hij opmerkt dat de heersende leer uitgaat van een ‘Gegensatz von Anwartschaft und Vollrecht, der erst durch eine „Verwandlung“ überwunden werden muß’ en Blomeyer 1939, p. 129. Zie ook Stadler 1996, p. 291-292 die dit uit het oogpunt van de causaliteit van het *Anwartschaftsrecht* bekritiseert.

En inderdaad wordt door sommigen aangenomen dat bij de eigendomsverkrijging door de koper in het geheel geen sprake is van een derivatieve verkrijging van het recht van diens voorman, maar van een rechtsverkrijging krachtens de wet.⁴⁴⁶

Problematisch aan deze benadering is dat de verhouding tussen het *Anwartschaftsrecht* en de eigendom van de zaak buitengewoon onhelder is. Men poogt deze problematiek te versluieren door te spreken van een *Minus* van het eigendomsrecht, maar in werkelijkheid behandelt het Duitse recht het *Anwartschaftsrecht* wel degelijk als iets anders dan het eigendomsrecht: als een *aliud*.⁴⁴⁷ Gelet op deze onduidelijkheden en het gebrek aan dogmatische fundering verdient het Nederlandse stelsel de voorkeur, waarin het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde gewoon een eigendomsrecht is.⁴⁴⁸ Daardoor laten zich niet alleen de rechtsgevolgen van de voorwaardelijke overdracht eenvoudig typeren, maar is bovendien ook meteen duidelijk welke bepalingen van toepassing zijn op dit recht, namelijk de bepalingen die betrekking hebben op eigendomsrechten. In die richting gaat ook de Oostenrijkse literatuur, waarin het *Anwartschaftsrecht* veel meer gelijk wordt gesteld met het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.⁴⁴⁹

De hiervoor genoemde bezwaren richten zich ook tegen de in de Nederlandse literatuur wel voorkomende benadering die, onder invloed van het Duitse recht, de rechtspositie van de koper niet zozeer typeert als een voorwaardelijk eigendomsrecht, maar als een goederenrechtelijke aanspraak of niet nader gekwalificeerde eigendomsverwachting, die voortvloeit uit diens beschermde rechtspositie.⁴⁵⁰

446 Raiser 1961, p. 64. Zie ook in die richting Forkel 1962, p. 137: 'Das unter einer Bedingung vorgenommene Geschäft ist also keine Übereignung, sondern die rechtsgeschäftliche Begründung (...) einer Erwerbsaussicht auf Eigentum.' Kritisch: Flume 1992, p. 725 die de rechtsverkrijging bij een voorwaardelijk overdracht weer in derivatieve termen omschrijft: door de vervulling van de voorwaarde verkrijgt de goederenrechtelijke overeenkomst waaraan de voorwaarde is verbonden haar werking, als gevolg waarvan het eigendomsrecht van de verkoper overgaat op de koper. Twijfelachtig is in een dergelijke benadering evenwel wat de functie van het *Anwartschaftsrecht* dan nog is en op welke wijze zou kunnen worden bewerkstelligd dat de eigendom van de zaak op het moment van vervulling van de voorwaarde rechtstreeks toekomt aan de rechthebbende van het *Anwartschaftsrecht*, die niet noodzakelijkerwijze de wederpartij bij de *Einigung* behoeft te zijn. De functie van het *Anwartschaftsrecht* lijkt dan te zijn gelegen in het feit dat door middel van het overdracht van dat recht in wezen bewerkstelligd kan worden dat de verkrijger van het *Anwartschaftsrecht* als het ware in de plaats wordt gesteld van de koper bij de *Einigung*. Zo bijv. Pohle 1956, p. 751-752 die opmerkt dat de functie van het *Anwartschaftsrecht* zich ertoe beperkt 'die Rechtszuständigkeit für den Erwerb festzulegen.' Zie voor Oostenrijk in die richting Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 72 die opmerkt dat de overdracht van het *Anwartschaftsrecht* tot gevolg heeft dat het eigendomsrecht met vervulling van de voorwaarde op de verkrijger overgaat. Dat lijkt evenwel niet goed voorstelbaar, nu de verkoper en koper reeds de richting van de eigendomsovergang voordien hebben vastgelegd. Zie Staudinger/Ostler 1955, § 455 BGB, Rn. 43 en BGB-RGRK/Kuhn 1959, § 455 BGB, Rn. 24. Vgl. ook Lempennau 1968, p. 65. Zie ook de terechte kritiek van Kupisch 1976, p. 425 op de halfslachtige benadering van Flume.

447 Reinicke 1941, p. 34, Forkel 1962, p. 125 en Rinke 1998, p. 91.

448 Vgl. punt 8 van de noot van F.M.J. Verstijlen onder HR 3 juni 2016, NJ 2016, 290 (*Rabobank/Reuser*). Daarentegen lijkt Bartels 1997, p. 94 juist voordelen te zien in dit scheidingsdenken in de Duitse dogmatiek. Zo ook Scheltema 2017, p. 98-100, die het recht van de koper als beperkt recht of als 'het recht om het volle eigendomsrecht te verkrijgen' karakteriseert. Geheel onduidelijk blijft daarbij hoe dit recht zich bij vervulling van de voorwaarde ontpopt tot de daadwerkelijke eigendom. Vergelijkbaars geldt voor de DCFR, waarin de verhouding tussen het *contingent right* van de koper onder eigendomsvoorbehoud ex art. VIII.-2:307 DCFR en de zaak zelf niet erg helder is. Dit *contingent right* wordt gekwalificeerd als een beperkt recht in de zin van art. VIII.-1:204 DCFR, maar daarbij blijft onduidelijk op welke wijze dit beperkte recht zich door vervulling van de voorwaarde ontpopt tot de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak zelf.

449 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 567.

450 Zo bijv. Peter 2007, p. 152 en ook Brinkman 2014, p. 28 ten aanzien van de positie van de verwachter bij een tweetrapsmaking. Vergelijkbaars geldt voor de kwalificatie van Scheltema 2003, p. 337 e.v. als eigendomsverwachtingsrecht, dat – als een soort 'beperkt recht' – moet worden onderscheiden van het eigendomsrecht op de zaak.

Deze beschermde rechtspositie zou een gevolg zijn van het feit dat de eigendomsverkrijging uitsluitend afhankelijk is van de voldoening van de verschuldigde prestatie, hetgeen hij zelf in de hand heeft. Ook hier blijft onduidelijk op welke wijze deze goederenrechtelijke aanspraak tot ontstaan wordt gebracht, hoe dit recht gekwalificeerd moet worden, welke regels van toepassing zijn en in welke verhouding deze aanspraak staat tot de verkochte zaak zelf.⁴⁵¹ Illustratief hiervoor zijn de problemen die in deze benadering bestaan bij de verklaring van het feit dat op de goederenrechtelijke aanspraak gevestigde beperkte rechten na vervulling van de voorwaarde op de zaak zelf komen te rusten. Hiervoor is bovendien al betoogd dat deze benadering uitgaat van een cirkelredenering, nu de positie van de koper pas beschermd is als hem een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde toekomt.⁴⁵² Voorts staat zij op gespannen voet met artikel 3:84 lid 4 BW, dat onomwonden uitdrukt dat de koper uit hoofde van de overdracht een recht verkrijgt dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen.

8.10.2 *Gevolgen voor op het voorwaardelijk eigendomsrecht gevestigde beperkte rechten*

In de visie dat de koper een goederenrechtelijke aanspraak heeft en vervolgens wordt aangenomen dat hij reeds voor vervulling kan beschikken over die aanspraak, rijst de vraag wat het lot is van een op deze goederenrechtelijke aanspraak gevestigd beperkt recht, indien de voorwaarde in vervulling gaat en de koper eigenaar wordt van de zaak. Aangezien er in deze benadering van wordt uitgegaan dat deze goederenrechtelijke aanspraak (kennelijk) iets anders is dan het eigendomsrecht van de zaak zelf, is onduidelijk of en op welke wijze de op die aanspraak gevestigde beperkte rechten vervolgens op de zaak zelf komen te rusten.

Ter verklaring wordt wel gewezen op het zaaksvervangingsleerstuk.⁴⁵³ Ook deze oplossing lijkt geïnspireerd door het Duitse recht, waarin wordt aangenomen dat bij verpanding van het *Anwartschaftsrecht* door analoge toepassing van de zaaksvervangingsregel van § 1287 BGB het pandrecht bij vervulling van de voorwaarde op de verkochte zaak komt te rusten.⁴⁵⁴ Ook op dit punt blijkt dat het *Anwartschaftsrecht* naar Duits recht wel degelijk een *aliud* is. Voor het Nederlandse recht is wel een beroep gedaan op artikel 3:229 BW en artikel 3:246 lid 5 BW, zij het dat aan die bepalingen een volstrekt andere interpretatie moet worden gegeven dan gangbaar is.⁴⁵⁵ Aangenomen moet worden dat de koper

451 Zie Peter 2007, p. 152, alwaar wordt betoogd dat de goederenrechtelijke aanspraak door vervulling van de voorwaarde uitgroeit tot een volledig eigendomsrecht en p. 15, alwaar wordt opgemerkt dat deze aanspraak door vervulling van de voorwaarde 'overgaat' in een eigendomsrecht. Vgl. ook Snijders 2006, p. 226 waar – in navolging van Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 412 – wordt opgemerkt dat geen sprake is van gedeelde eigendom, maar van een goederenrechtelijke aanspraak 'welke als gevolg van de vervulling van de opschortende voorwaarde tot een volwaardig eigendomsrecht wordt.'

452 Zie nader paragraaf 8.2.3.

453 Reehuis 2013, nr. 78 en Spath 2014, p. 385. Vgl. ook Nieuwesteeg 2015, p. 172 en A.F. Salomons & G.Á.C. Orbán in hun noot onder HR 3 juni 2016, *INS* 2016, 206. Zie ook Scheltema 2017, p. 96 die spreekt van 'automatische conversie'.

454 Letzgus 1938, p. 15, Serick 1963, p. 285 en MünchKomm-BGB/Damrau 2017, § 1287 BGB, Rn. 16.

455 Spath 2014, p. 384-386.

door betaling zijn goederenrechtelijke aanspraak int, welke inning vervolgens uitmondt in de verkrijging van het eigendomsrecht van de zaak, waarop het pandrecht vervolgens komt te rusten. Problematisch is deze benadering in het geval dat de koper geen beperkt recht heeft gevestigd op zijn goederenrechtelijke aanspraak, maar deze heeft overgedragen. Op welke wijze de rechthebbende van de goederenrechtelijke aanspraak door vervulling van de voorwaarde eigenaar van de zaak wordt, laat zich niet construeren.⁴⁵⁶

Het bezwaar tegen deze benadering is dat ervan wordt uitgegaan dat de koper een goederenrechtelijke aanspraak heeft, die iets anders is dan een eigendomsrecht met betrekking tot de zaak. De aanspraak van de koper *is* echter een eigendomsrecht, zij het dat dit recht is onderworpen aan de dezelfde voorwaarde als de overdracht. Indien de koper voor vervulling van de voorwaarde een beperkt recht vestigt op dit eigendomsrecht, is helemaal geen zaaksvervangende nodig. Door vervulling van de voorwaarde groeit het eigendomsrecht van de koper uit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht. Het pandrecht komt niet op een ander voorwerp te rusten.⁴⁵⁷ De vervulling van de voorwaarde bewerkstelligt slechts dat het voorwerp waarop het pandrecht betrekking heeft, toeneemt, doordat het eigendomsrecht onvoorwaardelijk wordt.⁴⁵⁸ De vergelijking met de verpanding van een voorwaardelijke vordering dringt zich op. Wie een pandrecht vestigt op een (bestaande) voorwaardelijke vordering, behoudt dat pandrecht indien de vordering onvoorwaardelijk wordt. Het instrument van zaaksvervangende is daarvoor niet nodig.

8.10.3 De bezitsverkrijging bij de eigendomsverkrijging

Tot het moment van vervulling van de voorwaarde is de koper houder van de zaak. Door betaling van de verschuldigde tegenprestatie gaat de voorwaarde in vervulling en wordt de koper niet alleen eigenaar van de verkochte zaak, maar tevens bezitter.⁴⁵⁹ Terwijl bezitsverschaffing normaliter een voorwaarde is voor eigendomsoverdracht, is de bezitsverkrijging in dit geval een sequeel van de eigendomsoverdracht. Een levering op het moment van vervulling van de voorwaarde is niet meer nodig, nu de levering reeds heeft plaatsgevonden door de machtsverschaffing van artikel 3:91 BW, juist om de problemen die samenhangen met de

456 Hetgeen Spath 2014, p. 386 zelf overigens ook constateert. Zie ook hiervoor in voetnoot 446 voor het Duitse recht.

457 Rongen 2014, p. 315.

458 Minder juist acht ik de opvatting dat het pandrecht 'uitgroeit', nu het immers het eigendomsrecht is, waarop het pandrecht rust, dat onvoorwaardelijk wordt. Zo echter Reehuis 2013, nr. 77 en HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*), rov. 4.2.5. Zie in de hier verdedigde zin A-G Rank-Berenschot in punt 2.30 van haar conclusie voor HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

459 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1238, Reehuis 2010, nr. 102, Rank-Berenschot 2012, nr. 46, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 963, Jansen 2014, p. 115 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 529.

levering op het moment van vervulling van de voorwaarde te vermijden. Maar ook een bezitsverschaffing is niet vereist op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. De bezitsverkrijging van de eigenaar onder opschortende voorwaarde voltrekt zich automatisch en van rechtswege.⁴⁶⁰

Zoals in paragraaf 8.11 aan de orde komt, is de koper tot het moment van de vervulling van de voorwaarde houder, omdat hij door het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud het eigendomsrecht van de verkoper heeft erkend en zich bereid heeft verklaard de zaak aan de verkoper af te geven indien hij de verschuldigde prestatie niet voldoet. Uit deze strekking van de rechtsverhouding bij een eigendomsvoorbehoud volgt derhalve het houderschap van de koper. Door vervulling van de voorwaarde valt deze rechtsverhouding weg en heeft de koper de eigendomspretentie, waardoor hij bezitter van de zaak wordt.⁴⁶¹ Aangezien de bezitsverkrijging een noodzakelijk gevolg is van de eigendomsverkrijging en het wegvallen van de rechtsverhouding op grond waarvan de koper de zaak voor de verkoper hield, wordt de koper zelfs bezitter indien hij niet op de hoogte is van de vervulling van de voorwaarde, bijvoorbeeld omdat een derde de koopprijs voldoet of omdat de koper ten onrechte aanneemt dat nog andere vorderingen moeten worden voldaan.⁴⁶² Het is namelijk ondenkbaar dat de koper de zaak houdt voor de verkoper, terwijl laatstgenoemde – als gevolg van de eigendomsovergang – de zaak niet meer voor zichzelf houdt.

Aangezien de bezitsverkrijging van de koper niet enkel volgt uit het feit dat hij eigenaar wordt, maar tevens uit de omstandigheid dat de rechtsverhouding tussen de koper en verkoper eindigt, wordt de koper ook bezitter indien vervulling van de voorwaarde niet leidt tot eigendomsverkrijging. Uit de rechtsverhouding volgt immers dat de verkoper zijn pretenties ten aanzien van de zaak laat varen op het moment dat de koper de verschuldigde prestatie voldoet. Aangezien de verandering van de wil van de koper berust op een handeling van degene voor wie de koper de zaak hield, is van een verboden bezitsinterventie geen sprake (art. 3:111 BW).

8.11 De machtsrelatie van de koper met betrekking tot de zaak

De koper houdt de verkochte zaak voor de verkoper tot het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, als gevolg waarvan hij eigenaar en ook bezitter wordt. Dat de koper voordien slechts houder is, is nauwelijks omstreden in de

⁴⁶⁰ Vgl. de notitie van Ten Kate t.a.v. Boek 3, Titel 4, Afdeling 1 en 2 d.d. 28 september 1969, p. 12 (te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 2192), die spreekt van een bijzonder geval van bezitsverkrijging. Daarentegen lijkt Stolz 2015, p. 892-894 moeite te hebben met deze automatische bezitsverkrijging die wordt gebaseerd op de eigendomsverkrijging, indien de macht over de zaak door een levering c.p. aan de koper is verschaft. Naar mijn mening bestaan geen moeilijkheden. De bezitsverkrijging volgt in dat geval immers uit de omstandigheid dat de verkoper door de machtsverschaffing *constituto possessorio* houder van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is geworden voor de koper, die bezitter is van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde (zie hiervoor in paragraaf 8.9.2). Indien de voorwaarde vervolgens in vervulling gaat, groeit dit eigendomsrecht uit tot het actieve, onvoorwaardelijke eigendomsrecht met betrekking tot de zaak, als gevolg waarvan de verkoper de zaak houdt voor de koper. Volgens Stolz 2015, p. 888, voetnoot 84 is dat een moeilijk te verdedigen visie, maar dat komt omdat hij geen onderscheid maakt tussen het bezit van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde en het bezit van de zaak, dat aan het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde als werkend eigendomsrecht is verbonden.

⁴⁶¹ Vgl. Jansen 2014, p. 115 die opmerkt dat de bezitsverkrijging in het verlengde ligt van het op artikel 3:110 BW gebaseerde houderschap van de koper. Zie voor het Duitse recht Baur/Baur & Stürmer 2009, p. 76.

⁴⁶² Jansen 2014, p. 116.

Nederlandse literatuur.⁴⁶³ De opvatting van de wetgever luidt in dezelfde zin en klinkt duidelijk door in het opnemen van artikel 3:91 BW.⁴⁶⁴ Ook in de Duitse en Oostenrijkse literatuur wordt algemeen aangenomen dat de koper houder (Oostenrijk: *Inhaber*; Duitsland: *Fremdbesitzer*) is van de verkochte zaak.⁴⁶⁵ Ook in de Nederlandse, Duitse en Oostenrijkse rechtspraak is in die zin geoordeeld.⁴⁶⁶ Voor het Nederlandse recht wordt een andersluidend standpunt uitsluitend ingenomen door Vriesendorp, die uitgebreid heeft betoogd dat de koper reeds voor vervulling van de voorwaarde als bezitter van de zaak moet worden aangemerkt.⁴⁶⁷ Ook in de Duitse en Oostenrijkse literatuur is door een aantal auteurs verdedigd dat de koper reeds voor vervulling van de voorwaarde bezitter is van de zaak.⁴⁶⁸ Desalniettemin

463 Zie o.m. Mezas 1985, p. 5-6, Reehuis 2004, nr. 46 en nr. 59, Peter 2007, p. 134, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 963, Rank-Berenschot 2012, nr. 5, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 493, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 127 en nr. 149, Reehuis 2013, nr. 56, Van Schaick 2014, nr. 10, Stolz 2015, p. 886, Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 26 en aant. 30 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 529. Zie over tussenfiguren als houderschap onder ontbindende voorwaarde gecombineerd met bezit onder opschortende voorwaarde reeds hiervoor in hoofdstuk 4, paragraaf 4.8.3.

464 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388-389 en M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1237.

465 Zie voor Duitsland Rühl 1930, p. 102-104, Serick 1963, p. 232-235, Wieling 1984, p. 452, Flume 1992, p. 739, Staudinger/Gutzeit 2012, § 868 BGB, Rn. 43, Staudinger/Gutzeit 2012, § 872 BGB, Rn. 5, MünchKomm-BGB/Joost 2016, § 868 BGB, Rn. 59 en MünchKomm-BGB/Joost 2016, § 872 BGB, Rn. 9 en voor Oostenrijk Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 554, Rummel/Spielbüchler 2000, § 309 ABGB, Rn. 4, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 65, Klang/Kodek 2011, § 309 ABGB, Rn. 20 en Rn. 28 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 35.

466 Zie bijv. BGH 24 juni 1958, *NJW* 1958, 1133, OGH 27 oktober 1972, zaaknr. 6Ob203/72 en HR 8 juni 1973, *NJ* 1974, 346 m.nt. W.M. Kleijn (*Nationaal Grondbezit/Kamphuis*).

467 Vriesendorp 1985a, p. 33-45. Recentelijk is door H.H. Runia, "De 'bezitterige' koper onder eigendomsvoorbehoud", in: P.A.J. van den Berg & G. Molier (red.), *In dienst van het recht (Brouwer-bundel)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 77-87 naar aanleiding van het arrest *Rabobank/Reuser* betoogd dat het beter zou zijn de koper als bezitter aan te merken, omdat men dan het resultaat uit dat arrest (verkrijging van een voorwaardelijk eigendomsrecht) zou kunnen missen en dit bovendien beter zou aansluiten bij de bedoelingen van Meijers. Dit voorstel verdient bestrijding. Runia miskent dat de vraag of de koper bezitter is van de zaak geheel losstaat van de vraag of hij voorwaardelijk eigenaar is, zodat de toekenning van het bezit aan de koper het terstond overgaan van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde geenszins overbodig maakt. Beide figuren hebben een andere functie (bezitsbescherming vs. waarborging van de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde), zodat het toekennen van bezit en het niet toekennen van een voorwaardelijk eigendomsrecht ertoe zou leiden dat goederenrechtelijke werking aan de vervulling van de voorwaarde wordt ontzegd, hetgeen de positie van de koper zonder goede grond aanmerkelijk zou verzwakken. Daarnaast geldt dat eventuele persoonlijke bedoelingen van Meijers voor de interpretatie van het huidige recht van weinig belang zijn, in het bijzonder als deze bedoelingen worden afgeleid uit concept-artikelen waarvan uiteindelijk uitdrukkelijk en op goede gronden is afgeweken, omdat zij niet goed doordacht waren en niet pasten binnen het stelsel van de wet. Zie o.m. de notitie van W.G. Belinfante d.d. 4 juni 1960 en de briefwisseling tussen W. Snijders en T.J. Dorhout Mees over de redactie van art. 7:9 BW, mede in verband met het Benelux-ontwerp inzake koop en ruil en de LUVI, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 1373. Voorts valt uit de door Runia aangehaalde passages geenszins af te leiden dat Meijers de koper inderdaad als bezitter zou willen aanmerken. Meijers nam de regeling van huurkoop uit 1936 tot uitgangspunt (Zie de *Notulen van de Honderd vier en veertigste Vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving*, p. 812, te raadplegen in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75 en inventarisnummer 184), waarin de koper werd aangemerkt als houder van de zaak (M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 7). Uit het ontbreken van een bepaling als art. 3:91 BW in het Ontwerp Meijers kan evenmin iets worden afgeleid, omdat Meijers de leveringshandeling vooral feitelijk leek te begrijpen – namelijk als feitelijke overgave – zodat de levering in het kader van een eigendomsvoorbehoud überhaupt geen spanningen zou oproepen met art. 3:90 BW. Zie nader hoofdstuk 4, paragraaf 4.8.3.1, i.h.b. voetnoot 128.

468 Thiesing 1902, p. 240-251, E.Th. Leicht, *Der Eigentumsvorbehalt, eine privatrechtliche Untersuchung nach tschechoslowakischem und österreichischem Recht*, Reichenberg: [s.n.] 1937, p. 33-34, Raiser 1961, p. 73-74, Edlbacher 1966, p. 251, Soergel/Mühl 1989, § 868 BGB, Rn. 16, Soergel/Mühl 1989, § 929 BGB, Rn. 62 en Soergel/Mühl 1991, § 455 BGB, Rn. 74 (deze opvatting is verlaten in Soergel/Stadler 2002, § 868 BGB, Rn. 13 en Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 66).

moet naar mijn mening worden aangenomen dat de koper gedurende de periode van onzekerheid houder is van de verkochte zaak, zodat de heersende leer bijval verdient.

Daarvoor is in de eerste plaats redengevend dat de verschaffing van bezit door degene die zich tegelijkertijd de eigendom van die zaak voorbehoudt neerkomt op een innerlijk tegenstrijdige houding die rechtens onbestaanbaar is.⁴⁶⁹ Deze twee met elkaar onverenigbare standpunten kunnen niet tegelijkertijd tot uitdrukking komen, nu het voorbehouden van het eigendomsrecht veronderstelt dat de verkoper zich tot het moment van vervulling van de voorwaarde nog beschouwt als eigenaar. Aangezien bezit neerkomt op het houden van de zaak voor zichzelf – dat wil zeggen: met de eigendomspretentie – kan de verkoper niet enerzijds zijn eigendom voorbehouden, maar anderzijds zijn eigendomspretentie laten varen. Vergelijkbaars geldt vanuit het perspectief van de koper. De koper kan niet enerzijds instemmen met het eigendomsvoorbehoud, waarmee hij te kennen geeft dat hij het eigendomsrecht van de verkoper respecteert totdat hij de verschuldigde prestatie voldoet, maar anderzijds de zaak voor zichzelf houden, waarmee hij namelijk tot uitdrukking brengt dat hij pretendeert eigenaar te zijn, hetgeen wil zeggen dat hij geen beter recht van een ander op de zaak duldt.⁴⁷⁰ Het hebben van de eigendomspretentie laat zich niet verenigen met het respecteren van het eigendomsrecht van een ander.⁴⁷¹

Dit alles is reeds in 1929 op bloemrijke wijze verwoord door Eggens in zijn opstel ‘Het recht van bezit kan niet *als zoodanig* overgedragen worden’.⁴⁷² Zijn uiteenzetting geldt onverkort voor het huidige recht, aangezien zij simpelweg volgt uit het karakter van het bezit en de verhouding van bezit tot het eigendomsrecht. Waar bezit veronderstelt dat men de zaak houdt zonder respectering van rechten van anderen op de zaak, kan men niet een zaak bezitten onder eerbiediging van eens anders eigendomsrecht. Dat geldt echter slechts voor het geval dat degene die bezit wil verschaffen aan een ander ook eigenaar is van de zaak, aangezien in die gevallen uit de verhouding van bezit tot eigendom volgt dat zij – vanwege de hierboven genoemde innerlijke tegenstrijdigheid – niet van elkaar kunnen worden

469 Zie voor het navolgende Nieuwenhuis 1980, p. 38, Pitlo/Brahn 1987, p. 71, Reehuis 2004, nr. 46 en nr. 59, Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006, nr. 150, F.M.J. Verstijlen in punt 10 van diens noot onder HR 10 oktober 2008, *NJ* 2009, 1 (*Duijf/Bolt*), Bartels 2009, p. 327, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 364 en nr. 963, Heyman & Bartels 2012, p. 261-262, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 149, Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 297, Reehuis 2013, nr. 15, Van Schaick 2014, nr. 4 en Stolz 2015, p. 868-871. Zie uit de parlementaire geschiedenis M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 436. Een andersluidend standpunt wordt verdedigd door J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 266-267.

470 Iets anders is natuurlijk dat de koper zichzelf nadien tot bezitter kan maken op de wijze zoals voorgeschreven door art. 3:111 BW. Daarvoor is echter noodzakelijk dat de koper het *recht* van de verkoper tegensprekt, waaruit ook kan worden afgeleid dat het opklimmen tot bezitter gepaard dient te gaan met het niet (meer) respecteren van het betere recht van de ander, zoals hier in de hoofdttekst wordt verdedigd.

471 Zie HR 17 december 2010, *NJ* 2011, 291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Zaunbrecher/Roelfsema*), rov. 3.7 waarin wordt overwogen dat erkenning van het eigendomsrecht van een ander tot gevolg heeft dat diegene de zaak houdt voor de eigenaar. Zie ook punt 5 van de noot van F.M.J. Verstijlen, die daarvoor als voorwaarde stelt dat de een niet alleen het eigendomsrecht van de ander erkent, maar ook instemt met bepaalde gebruiksafspraken, waaruit de respectering van eens anders eigendomsrecht blijkt. Bij het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud is daarvan zonder meer sprake.

472 Eggens 1929, p. 229-232 en p. 241-245, voor het hier aan de orde zijnde geval – bezitsverschaffing door een eigenaar die zijn rechten voorbehoudt – m.nt. p. 230-231.

gescheiden.⁴⁷³ Voor die gevallen heeft Eggens er terecht de nadruk op gelegd dat een bewust beoogde splitsing van eigendom en bezit niet kan worden bewerkstelligd door een eigenaar die het bezit wil verschaffen, maar het eigendomsrecht wil behouden of omgekeerd het eigendomsrecht wil overdragen, maar het bezit wil behouden. Hij heeft er de aandacht op gevestigd dat dergelijke afspraken met zichzelf in tegenspraak zijn.⁴⁷⁴ Dat neemt niet weg dat het kan gebeuren dat wel bezit wordt verschaft, maar geen eigendom wordt overgedragen – bijvoorbeeld in het geval van een nietige titel – maar ook in dergelijke gevallen beogen partijen wel degelijk een eigendomsoverdracht.⁴⁷⁵ De bedoeling om eigendom over te dragen is derhalve noodzakelijk voor de bezitsverschaffing, omdat de verkrijger niet enerzijds de pretentie van eigendom kan hebben, maar anderzijds een beter recht van een ander op de zaak kan respecteren. Bezit als pretentie van eigendom veronderstelt dat men geen beter recht van een ander duldt.⁴⁷⁶

473 Zie Bartels 2009, p. 327 die opmerkt dat ‘als eigendom en bezit al eerder uit elkaar gespeeld zijn, (...) de kaarten anders [liggen].’ Zie voor het Duitse recht Ernst 1992, p. 55 die opmerkt dat een *traditio* zich ook kan voordoen zonder eigendomsoverdracht, namelijk in het geval dat een bezitter (*Eigenbesitzer*) het bezit overdraagt aan de eigenaar. In een dergelijk geval worden bezit en eigendom juist weer bijeengebracht. Vgl. ook Rank-Berenschot 2012, nr. 37 die opmerkt dat Eggens’ leer gedeeltelijk is verlaten voor het huidige recht, nu een bezitter, niet-eigenaar een ander wel degelijk het bezit kan verschaffen. Eggens achtte ook in die situatie bezitsverschaffing niet mogelijk. Zie Eggens 1929, p. 231-232. Op dat punt stelt hij m.i. te zware eisen. Zolang de vervreemder al zijn pretenties met betrekking tot de zaak prijsgeeft, kan hij de verkrijger wel degelijk het bezit van de zaak verschaffen, namelijk als de verkrijger geen eigendomsrecht van een ander met betrekking tot de zaak respecteert, zoals in het geval van bezitsverschaffing door een dief aan een heler. In die zin ook M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 436. Dat de heler weet dat hij geen eigenaar wordt, doet niet ter zake. De bezitter hoeft immers niet te menen dat hij eigenaar is. Afdoende is dat hij geen beter recht van een ander ten aanzien van de zaak respecteert. Zie Rank-Berenschot 2012, nr. 14 en Van Schaick 2014, nr. 3. Meijers maakt Eggens’ visie daarentegen tot een karikatuur waar hij tegen Eggens inbrengt (*Notulen van de Achtentachtigste Vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving*, p. 4, in te zien in het Nationaal Archief te Den Haag via archiefinventarisnummer 2.09.75, inventarisnummer 182) dat ‘bezit te kwader trouw geen contradictie [bevat], omdat de bezitter niet steeds de wil heeft, eigenaar te zijn, maar alleen de wil, om de macht van de eigenaar uit te oefenen.’ Natuurlijk kan iemand die weet geen eigenaar te zijn, een zaak wel degelijk bezitten; dat volgt uit de figuur van bezit te kwader trouw. Dat heeft Eggens ook niet ontkend. Waar het om gaat is niet dat de bezitter meent eigenaar te zijn, maar dat voor het hebben van bezit noodzakelijk is dat men de zaak behandelt ‘als de zijne’. Daarvan kan geen sprake zijn als men eens anders betere recht op de zaak respecteert, zoals de koper onder eigendomsvoorbehoud.

474 De verkrijger kan in een dergelijk geval het bezit van de zaak via inbezitneming verkrijgen. Wanneer men bedenkt dat het verschil tussen bezitsverschaffing en inbezitneming is gelegen in de omstandigheid dat in het eerste geval de bezitter instemt met zijn bezitsverlies en de daarmee gepaard gaande bezitsverkrijging van de ander en in het tweede geval de huidige bezitter het bezit tegen diens wil verliest doordat een ander zijn machtsuitoefening ten aanzien van de zaak doorbreekt, is inbezitneming met instemming van de huidige bezitter, zoals aanvaard in HR 9 september 2011, *NJ* 2012, 312 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Muller q.q./Hoogheemraadschap*) echter een monstroom. Wanneer iemand (vooralsnog) zijn eigendomspretenties niet laat c.q. wil laten varen, kan hij niet tegelijkertijd instemmen met het verlies van zijn eigendomspretenties, onverschillig of dit gebeurt via bezitsverschaffing of via inbezitneming. Zie over de verhouding tussen inbezitneming en bezitsverschaffing Rank-Berenschot 2012, nr. 32, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 148 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 134 en 138.

475 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 364. Vgl. ook Heyman & Bartels 2012, p. 262-263 en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 436.

476 Rank-Berenschot 2012, nr. 14, die erop wijst dat dit volgt uit het aan het bezitsbegrip verbonden exclusiviteitsaspect. Zie ook De Jong 2006, p. 211, Van Schaick 2014, nr. 10 en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 427 (bezit is rechtspretentie). Anders dan Vriesendorp 1985a, p. 43-44 meent, heeft dit niets te maken met het bewijsrechtelijke vermoeden van art. 3:119 BW, maar slechts met de omstandigheid dat men niet enerzijds de pretentie van eigendom kan hebben, maar anderzijds een eigendomsrecht van een ander kan respecteren. Evenmin wordt daarmee te zeer de nadruk gelegd op de ‘animus domini’, aangezien de wil niet beslissend is, maar de omstandigheid dat het respecteren van eens anders eigendomsrecht tot gevolg heeft dat sprake is van een rechtsverhouding op grond waarvan degene de zaak voor de ander houdt. In zoverre is, zo merkt Beekhuis 1956, p. 405-406 terecht op, de wil via de rechtsverhouding van belang.

Bovengenoemde leer, die uitgaat van een strikte coïncidentie van bezitsverschaffing en eigendomsoverdracht, moet evenwel niet in al haar gestrengheid worden doorgevoerd. In het bijzonder staat aan het bovengenoemde niet in de weg dat bij de overdracht van een onroerende zaak reeds bij de ondertekening van de notariële leveringsakte aan de koper de sleutels worden overhandigd, waardoor hem het bezit van de onroerende zaak is verschaft.⁴⁷⁷ De bezitsverschaffing geschiedt in een zodanig geval namelijk zozeer vooruitlopend op een aanstonds plaatsvindende overdracht dat van een innerlijke tegenstrijdigheid, zoals hierboven is verwoord, geen sprake is. De bezitsverschaffing geschiedt dan immers wel degelijk in het kader van de eigendomsoverdracht, zij het dat de eigendomsoverdracht door een formaliteit – inschrijving van de notariële akte – nog even op zich laat wachten. Partijen beogen in een dergelijk geval wel terstond een eigendomsovergang te bewerkstelligen. Zoals Hijma terecht opmerkt, is het opmaken van de leveringsakte een daad met een zodanig definitief karakter, die aan beide partijen de mogelijkheid biedt om op korte termijn de eigendomsovergang te bewerkstelligen.⁴⁷⁸ Dat zich bepaalde feiten kunnen voordoen op de dag van het opmaken van de leveringsakte of tussen dat moment en het moment van inschrijving van de akte, als gevolg waarvan de eigendom toch niet overgaat, doet daaraan niet af. In het passeren van de leveringsakte ligt volgens de verkeersopvatting namelijk zozeer besloten dat de eigenaar te kennen geeft zijn eigendomspretenties te laten varen ten gunste van de verkrijger, waardoor de koper wel degelijk als bezitter kan worden aangemerkt, hetgeen des te meer geldt wanneer de koopovereenkomst reeds voordien overeenkomstig artikel 7:3 BW is ingeschreven in de openbare registers.⁴⁷⁹

Anders ligt dit voor het eigendomsvoorbehoud, waarbij de vervreemder namelijk juist uitdrukkelijk zijn rechten voorbehoudt, waaruit volgt dat hij vooralsnog geheel niet bereid is zijn eigendomspretenties met betrekking tot de zaak te laten varen ten gunste van de koper. Terwijl de inschrijving van de leveringsakte bij de levering van een onroerende zaak slechts een administratieve hindernis vormt, waar partijen zich gewoonlijk niet om bekommeren, is de eigendomsovergang bij het eigendomsvoorbehoud niet slechts afhankelijk van een administratieve hindernis, maar van een onzekerder gebeurtenis, namelijk de betaling van de koopprijs door de koper. Terwijl met het opmaken van de leveringsakte ‘in feite (...) de transactie op het notariskantoor [wordt] afgerond’,⁴⁸⁰ ligt in het overeenkomen van

477 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 127. Zie uit de parlementaire geschiedenis M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 410, M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 412, M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 444-445 en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 450 en M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 97. Anders: F.M.J. Verstijlen in punt 6 van diens noot onder HR 5 februari 2010, NJ 2010, 294 (Rodewijk/Bouwman).

478 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 297. Zie ook Heyman & Bartels 2012, p. 262, die zich daarbij aansluiten. Vgl. ook MünchKomm-BGB/Joost 2016, § 872 BGB, Rn. 10 die opmerkt dat de koper als *Eigenbesitzer* wordt behandeld omdat hij de macht over de zaak uitoefent ‘in Erwartung des bevorstehenden Eigentumserwerbs.’

479 Zie voor het Duitse recht Staudinger/Gutzeit 2012, § 868 BGB, Rn. 42 en Bamberger/Roth & Fritzsche 2016, § 872 BGB, Rn. 5, die in meer of mindere mate betekenis lijken toe te kennen aan de omstandigheid dat een *Vormerkung* ten gunste van de koper is ingeschreven, kennelijk omdat uitsluitend dan diens eigendomsverkrijging dan vrijwel zeker is. Iets terughoudender t.a.v. het *Eigenbesitz* van de koper van een onroerende zaak is MünchKomm-BGB/Joost 2016, § 872 BGB, Rn. 10 die slechts spreekt van een ‘Gleichstellung mit einem Eigenbesitzer.’

480 Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 297.

het eigendomsvoorbehoud daarentegen juist besloten dat partijen de transactie vooralsnog niet volledig willen afronden, maar juist de eigendomsovergang willen uitstellen.⁴⁸¹

Maar zelfs als men zou aanvaarden dat het mogelijk is om aan een ander het bezit van een zaak te verschaffen, ondanks het feit dat de vervreemder zijn eigendomspretenties niet laat varen, zou men tot de conclusie moeten komen dat een dergelijke situatie bij het eigendomsvoorbehoud niet aan de orde is, omdat het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud daadwerkelijk leidt tot een rechtsverhouding op grond waarvan de koper de zaak voor de verkoper houdt. De koper die instemt met een eigendomsvoorbehoud, geeft blijk van een erkenning en respectering van het eigendomsrecht van de verkoper. Zijn machtsuitoefening met betrekking tot de zaak berust niet op het feit dat hij pretendeert eigenaar te zijn, maar op het feit dat de verkoper bereid is geweest hem reeds voor voldoening van de verschuldigde tegenprestatie de macht over de zaak te verschaffen. Uit het feit dat de koper instemt met het eigendomsvoorbehoud en aldus het eigendomsrecht van de verkoper respecteert, in het bijzonder doordat hij bij zijn machtsuitoefening met de door de verkoper gestelde beperkingen rekening moet houden en gewoonlijk ook houdt, blijkt zijn houderschap. Daarmee ligt aan het eigendomsvoorbehoud een rechtsverhouding ten grondslag, op grond waarvan de koper de zaak vooralsnog houdt voor de verkoper, die daardoor niet alleen eigenaar blijft, maar ook bezitter.⁴⁸² Op vergelijkbare gronden wordt naar Duits en Oostenrijks recht aangenomen dat de koper de zaak gedurende de periode van onzekerheid houdt voor de verkoper. Zo merkt Joost op dat de koper *Fremdbesitzer* is, 'weil (...) der Käufer in Anerkennung des noch bestehenden Eigentums des Verkäufers besitzt'.⁴⁸³ De eerbiediging van het eigendomsrecht van de verkoper door de koper wordt bovendien afgeleid uit het feit dat de koper zich aan bepaalde *Obhuts-* en *Sorgfaltspflichten* met betrekking tot de zaak moet houden, teneinde het eigendomsrecht van de verkoper te waarborgen.⁴⁸⁴ Zo volgt volgens Bydlinski uit het feit dat de koper slechts de door de verkoper toegestane gebruiks- en genotsbevoegdheden kan uitoefenen, dat de koper geenszins 'gleich einem Eigentümer frei mit der Sache verfahren' kan.⁴⁸⁵ Vanuit het perspectief van de verkoper wordt opgemerkt dat de wil van de verkoper om tot betaling van de koopprijs eigenaar te blijven, 'den Besitzwillen als wesensmäßigen Bestandteil in sich [schließt], d.h. den Willen, die dem Inhalt des Eigentums

481 In zoverre vertoont het eigendomsvoorbehoud meer gelijkenis met het geval dat 'de verkoper de koper weliswaar de feitelijke macht over het huis zou hebben verschaft doch partijen daarbij de levering zouden hebben uitgesteld b.v. in afwachting van betaling door de koper. In dat geval houdt de koper immers, gezien der partijen rechtsverhouding, het huis niet voor zichzelf doch voor de verkoper, zodat hij geen bezitter wordt' (M.v.A. II., *Parl. Gesch. Book 3 BW*, p. 450).

482 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Book 3 BW*, p. 388.

483 MünchKomm-BGB/Joost 2016, § 868 BGB, Rn. 59 en MünchKomm-BGB/Joost 2016, § 872 BGB, Rn. 9. Zo ook Flume 1962, p. 397, Döring 1996, p. 1444 en Bamberger/Roth & Fritzsche 2016, § 872 BGB, Rn. 6. Vgl. ook Wieling 1984, p. 452 en Staudinger/Gutzeit 2012, § 868 BGB, Rn. 43.

484 Staudinger/Gutzeit 2012, § 872 BGB, Rn. 5, MünchKomm-BGB/Joost 2016, § 872 BGB, Rn. 9 en Bamberger/Roth & Fritzsche 2016, § 872 BGB, Rn. 6.

485 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 554. Vgl. ook Serick 1963, p. 232.

entsprechende Stellung zur Sache zu haben.⁴⁸⁶ Door anderen wordt doorslaggevend geacht dat de koper zich bereid heeft verklaard om onder bepaalde omstandigheden de zaak terug te geven aan de verkoper, waaruit blijkt dat hij het eigendomsrecht van de verkoper respecteert.⁴⁸⁷

De door Vriesendorp naar voren gebrachte argumenten leiden niet tot een andere conclusie. Zo merkt hij op dat ook bij het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud het doel van de koopovereenkomst gericht blijft op eigendoms- overgang en derhalve sprake is van een rechtsverhouding waaruit voortvloeit dat het in beginsel niet de bedoeling is dat de zaak terugkeert bij de verkoper.⁴⁸⁸ Net als bij een gewone koopovereenkomst zou de koper derhalve bezitter worden. De vergelijking met de gewone koopovereenkomst gaat evenwel mank. Het bezit van de koper volgt daar immers logischerwijs uit het feit dat de koper ook eigenaar wordt. Bovendien moet de koopovereenkomst met eigendomsvoorbehoud niet worden vergeleken met een koopovereenkomst waarbij reeds voor betaling van de koopprijs de eigendom wordt overgedragen, maar met een koopovereenkomst waarbij de eigendom pas wordt overgedragen met de betaling van de koopprijs. Zoals in hoofdstuk 2 is betoogd, vormt het eigendomsvoorbehoud niet in die zin een uitzondering op het normaaltype dat de eigendom pas overgaat met betaling van de koopprijs, maar juist dat de koper reeds voor betaling van de koopprijs de macht over de zaak verkrijgt. De verkoper kan immers de levering ook uitstellen tot het moment dat de koper de koopprijs voldoet. Daaruit blijkt dat de macht van de koper over de zaak niet gebaseerd is op diens eigendomspretentie, maar enkel op het feit dat de verkoper bereid is geweest reeds voor de eigendomsovergang de koper de macht over de zaak te verschaffen. De koper is voor diens macht over de zaak derhalve afhankelijk van de bereidheid van de verkoper om hem voor vervulling van de voorwaarde de macht over de zaak te verschaffen, als gevolg waarvan de koper de zaak voor de verkoper houdt.⁴⁸⁹

Dat bij het eigendomsvoorbehoud sprake zou zijn van een rechtsverhouding die ertoe strekt dat de zaak niet meer terugkeert bij de verkoper, acht ik evenmin juist. Met het overeenkomen van het eigendomsvoorbehoud geven partijen te kennen dat de verkoper de zaak terug kan nemen, tenzij de koper de verschuldigde prestatie voldoet. Gedurende de periode van onzekerheid bestaat derhalve een rechtsverhouding die ertoe strekt dat de koper de zaak moet teruggeven aan de verkoper. Dat de koper in de regel door betaling van de verschuldigde koopprijs eigenaar wordt en de zaak dan niet hoeft terug te geven aan de verkoper, brengt geen wijziging in deze rechtsverhouding. Dat de koper de zaak dan niet hoeft terug te geven, heeft namelijk niet zijn oorzaak in de rechtsverhouding, maar juist in de

486 Georgiades 1963, p. 119. In die zin ook Serick 1963, p. 232-233, volgens wie de koper zich deze 'Willensrichtung' tot de zijne maakt door het eigendomsvoorbehoud te aanvaarden. Vgl. ook Ernst 1992, p. 144, voetnoot 92, volgens wie uit het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud voortvloeit dat de verkoper 'auch die tatsächliche Bestimmung über die Sache nur unter jener Bedingung zugunsten des Käufers aufgegeben hat.'

487 Serick 1963, p. 233, Lange 1963, p. 61, voetnoot 12, Lange 1971, p. 512, voetnoot 5, Wieling 1984, p. 452 en Döring 1996, p. 1444. Vgl. ook Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011, p. 133, die het houderschap (*Fremdbesitz*) van de koper afleiden uit de omstandigheid dat de koper – vanwege de opgeschorte werking van de overdracht – ten opzichte van de verkoper een ondergeschikte positie inneemt.

488 Vriesendorp 1985a, p. 36. Vergelijkbare argumenten worden gegeven door Thiesing 1902, p. 247-250 en Raiser 1961, p. 74.

489 Vgl. Ernst 1992, p. 56 die opmerkt dat *Eigenbesitz* veronderstelt dat die 'Sachbestimmung des Erwerbers eben nicht von der Duldung oder Mitwirkung des Tradenten abhängig' is.

omstandigheid dat de rechtsverhouding dan wegvalt doordat de koper eigenaar wordt van de verkochte zaak.⁴⁹⁰ Zolang de koper de verschuldigde prestatie echter niet voldoet, bestaat deze rechtsverhouding die de strekking heeft dat de koper de zaak aan de verkoper moet teruggeven.⁴⁹¹

Evenmin kan het bezit van de koper gebaseerd worden op het feit dat de zaak ‘economisch’ al tot diens vermogen hoort.⁴⁹² Daargelaten of dergelijke argumenten een rol kunnen spelen bij de bepaling van bezit of houderschap,⁴⁹³ kan niet gezegd worden dat de zaak vanaf de machtsverschaffing in economische zin reeds in het vermogen van de koper valt, nu hij de verschuldigde tegenprestatie nog geheel niet heeft geleverd. Weliswaar neemt zijn economische belang nadien met elke deelbetaling toe, maar dit economisch belang manifesteert zich nu juist in het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, waarvan de koper zonder meer bezitter is.

Ook artikel 3:114 BW biedt geen argument voor het bezit van de koper.⁴⁹⁴ Hoewel de tekst van de bepaling in samenhang met artikel 3:91 BW op het eerste gezicht tot de conclusie leidt dat de koper inderdaad bezitter wordt, omdat de verkoper de koper in staat stelt de macht over de zaak uit te oefenen, die hij zelf over het goed kon uitoefenen, kan het bezit van de koper toch niet uit artikel 3:114 BW volgen. Volgens deze redenering zou een ieder aan wie de macht over de zaak wordt verschafft, bezitter van de zaak worden. Noodzakelijk voor de bezitsoverdracht van artikel 3:114 BW is dat de bezitter zijn macht ten aanzien van de zaak volledig laat varen ten gunste van de verkrijger, zodat deze vervolgens de zaak als een eigenaar kan gaan behandelen, zonder dat de vervreemder nog enige zeggenschap uitoefent over de zaak. Bij een eigendomsvoorbehoud is daarvan geen sprake, nu de eigenaar door het overeenkomen van een eigendomsvoorbehoud juist te kennen geeft dat hij zijn macht met betrekking tot de zaak nog niet wil laten varen, maar veeleer wil behouden totdat de koper de verschuldigde prestatie voldoet.

Bovendien kunnen ook geen argumenten worden ontleend aan de omstandigheid dat de wetgever een aantal bepalingen die betrekking heeft op bezitters van overeenkomstige toepassing heeft verklaard op de verkrijger uit hoofde van een overdracht onder opschortende voorwaarde, nu daaruit juist blijkt dat de wetgever de koper niet als bezitter beschouwde.⁴⁹⁵ Tot slot kan het bezit van de koper evenmin worden gebaseerd op de omstandigheid dat het voorbehouden eigendomsrecht niet meer dan een zekerheidsrecht is, hetgeen hier namelijk wordt bestreden, en evenmin op een gelijkenis met de koper van een onroerende zaak aan wie de sleutels reeds voor de overschrijving van de akte worden gegeven vanwege de hierboven aangevoerde verschillen tussen deze beide gevallen.

490 Rühl 1930, p. 104. Vgl. ook Blomeyer 1968, p. 692 en Baur/Baur & Stürner 2009, p. 76.

491 Flume 1992, p. 739.

492 Vriesendorp 1985a, p. 36-37.

493 Zie voor de positie van de zekerheidsgever bij een zekerheidsoverdracht onder het oude recht Fesevur 1979, p. 120, Asser/Mijnssen & Van Velten 3-III 1986, nr. 175 en Van Mierlo 1988, p. 142 en voor Duitsland Staudinger/Gutzeit 2012, § 868 BGB, Rn. 60 en MünchKomm-BGB/Joost 2017, § 872 BGB, Rn. 8. Zie voor de economisch eigenaar met verdere verwijzingen punt 6-7 van de noot van F.M.J. Verstijlen onder HR 9 september 2011, NJ 2012, 312 (Muller q.q./Hoogheemraadschap) en Rank-Berenschot 2012, nr. 5.

494 Zo echter Vriesendorp 1985a, p. 39.

495 M.v.A. II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1237.

8.12 Beschikkingsbevoegdheid over de zaak

Vanwege het eigendomsvoorbehoud heeft de koper in beginsel niet de bevoegdheid om te beschikken over (het onvoorwaardelijk eigendomsrecht ten aanzien van) de zaak. Geregeld wordt aan de koper desondanks de bevoegdheid verleend om reeds voor vervulling van de voorwaarde de zaak over te dragen in zijn normale bedrijfsuitoefening, zodat de koper door middel van deze uitoefening van zijn bedrijf de benodigde middelen kan verwerven, waarmee hij de verkoper kan voldoen.⁴⁹⁶ Een dergelijke bevoegdheid pleegt met name te worden verleend in de gevallen dat de zaken bestemd zijn om te worden doorverkocht en de koper een wederverkoper is. Onomstreden is dat de afnemer van de koper in een dergelijk geval eigenaar wordt van de zaak. Minder duidelijk is evenwel op welke wijze de vervreemdingsbevoegdheid geconstrueerd moet worden.

Algemeen aanvaard is de opvatting dat iemand die geen eigenaar is van een zaak, deze zaak toch als beschikkingsbevoegde kan overdragen, wanneer de eigenaar toestemming heeft verleend om over de zaak te beschikken.⁴⁹⁷ Voorheen werd nog wel betoogd dat ook dan nog altijd sprake is van een overdracht door een beschikkingsonbevoegde, zij het dat als gevolg van de toestemming van de rechthebbende de verkrijger op grond van artikel 3:86 BW ook dan eigenaar werd, wanneer hij weliswaar bekend was met de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, maar afging op de toestemming van de beschikkingsbevoegde.⁴⁹⁸ Deze opvatting lijkt inmiddels niet meer te worden verdedigd.⁴⁹⁹

Met name onder invloed van het Duitse recht heeft in de Nederlandse literatuur de opvatting aan terrein gewonnen dat de rechthebbende van een zaak een ander kan machtigen om over de zaak te beschikken, zodat ook de ander beschikkingsbevoegd wordt.⁵⁰⁰ Het Duitse recht erkent een dergelijke machtiging uitdrukkelijk in § 185 BGB, waarin is bepaald dat een beschikking die een niet-rechthebbende treft, geldig is, als zij met instemming van de rechthebbende geschiedt.⁵⁰¹ Net als in het Nederlandse recht ontbreekt een dergelijke algemene bepaling in het Oostenrijkse recht. Ook in het Oostenrijkse recht wordt de mogelijkheid om een

496 Zie voor een dergelijke bevoegdheid bijv. HR 8 juni 1973, *NJ* 1974, 346 m.nt. W.M. Kleijn (*Nationaal Grondbezit/Kamphuis*). Zie ook HR 14 februari 1992, *NJ* 1993, 623 m.nt. W.M. Kleijn (*Love Love*), rov. 3.4 waarin werd geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een zaak voor doorverkoop bestemd is, niet reeds een zodanig bevoegdheid meebrengt (waarbij bedacht moet worden dat de koopovereenkomst in dat geval juist een uitdrukkelijk verbod bevatte). Desalniettemin moeten naar mijn mening niet altijd even hoge eisen worden gesteld aan het aannemen van een stilzwijgend overeengekomen vervreemdingsbevoegdheid. Daarbij zal met name beslissende betekenis moeten worden toegekend aan de hoedanigheid van de koper, de aard van de verkochte zaken en de voor de verkoper kenbare bedoelingen van de koper met de aanschaf van de zaken. Zie Schoordijk 1963, p. 401-403, Mezas 1985, p. 63-64 en Reehuis 2013, nr. 69.

497 Zie de verwijzingen in voetnoot 500.

498 W.C.L. van der Grinten in punt 2 van diens noot onder HR 8 juni 1973, *AA* 1973, p. 565-571 (*Nationaal Grondbezit/Kamphuis*).

499 Zie W.C.L. van der Grinten, 'Recensie', *NJB* 1993, p. 1087-1088.

500 Zie – in navolging van Groefsema 1993, *passim* (voor de hier centraal staande problematiek i.h.b. p. 69-76) – Van Gaalen 2001, p. 114-117, Van Vliet 2002, p. 64-65, Bartels 2004, p. 59-60, Peter 2007, p. 111, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 142 en nr. 968, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 437, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 234, Krzemiński 2013, p. 294-300, Reehuis 2013, p. 56 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 546. Zie ook Nieuwenhuis 1980, p. 55, die evenwel lijkt uit te gaan van een verlening van beschikkingsbevoegdheid met privatieve werking, aangezien hij opmerkt dat sprake is van een 'contractuele verschuiving van de beschikkingsbevoegdheid.'

501 Zie voor de toepassing in het kader van de vervreemding van onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken Serick 1963, p. 153 e.v., Bülow 2012, p. 246-247, Staudinger/Gursky 2014, § 185 BGB, Rn. 33-40, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 46-47 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 55.

ander te machtigen om over de zaak te beschikken echter algemeen aanvaard. Steun daarvoor wordt ontleend aan een aantal specifieke wettelijke bepalingen, zoals § 1086 ABGB, op grond waarvan degene aan wie een *Verkaufsauftrag* is verleend, bevoegd is om de zaak aan een derde te vervreemden.⁵⁰²

De machtigingsconstructie is naar Nederlands recht met name aanvaard bij middellijke vertegenwoordiging. De eigenaar van een zaak kan de middellijk vertegenwoordiger machtigen om de zaak in eigen naam als beschikkingsbevoegde te vervreemden. Er is dan sprake van contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid. In het arrest *Mesdag II* is deze constructie door de Hoge Raad geaccepteerd, door te overwegen dat de geconsigneerde weliswaar geen rechthebbende was, maar desalniettemin beschikkingsbevoegd kon zijn, indien hij deze beschikkingsbevoegdheid kon ontfangen aan de in de consignatieovereenkomst opgenomen opdracht tot verkoop.⁵⁰³ Bovendien zijn eventuele beperkingen van de vervreemdingsbevoegdheid die zijn opgenomen in de consignatieovereenkomst rechtstreeks van invloed op de beschikkingsbevoegdheid van de gemachtigde.

Ondanks deze algemene aanvaarding in de literatuur en rechtspraak van de mogelijkheid om een ander contractueel beschikkingsbevoegd te maken, lijkt een meerderheid in de literatuur bij een wederverkoop van onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken door de koper voor een andere constructie te kiezen.⁵⁰⁴ Die constructie houdt in dat de bevoegdheid om de zaak in te normale bedrijfsuitoefening te vervreemden een alternatieve opschortende voorwaarde vormt, waaronder de overdracht heeft plaatsgevonden. De koper wordt niet alleen eigenaar als hij de verschuldigde tegenprestatie voldoet, maar tevens als hij overgaat tot vervreemding van de verkochte zaak in de normale bedrijfsuitoefening. Hierna wordt aan beide constructies aandacht besteed en vervolgens betoogd dat de bevoegdheid om als koper de zaak voor vervulling van de voorwaarde te vervreemden – in overeenstemming met de situatie bij middellijke vertegenwoordiging – moet worden begrepen als een contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid.⁵⁰⁵

Voorafgaand daaraan verdient het opmerking dat het bij dit alles in de eerste plaats aankomt op de uitleg van het beding van eigendomsvoorbehoud en de vervreemdingsbevoegdheid.⁵⁰⁶ Afhankelijk van de precieze formulering van de vervreemdingsbevoegdheid kan het zo zijn dat een van beide constructies meer

502 Mayrhofer 1969b, p. 291 en p. 293, Frotz 1970, p. 184, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 634, Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 10, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 98, Klang/Leupold 2011, § 367 ABGB, Rn. 14 en Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 55.

503 HR 14 januari 2011, *NJ* 2012, 88 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Mesdag II*), rov. 3.3.3.

504 W.M. Kleijn in punt 3 van diens noot onder HR 8 juni 1973, *NJ* 1974, 346 (*Nationaal Grondbezit/Kamphuis*), Schoordijk 1978, p. 424, voetnoot 10, Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 172, Mezas 1985, p. 59, Brahn 1992a, p. 52, Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004, nr. 136, Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 2006, nr. 215, Peter 2007, p. 162-164, Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 546 en Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 413. In die richting ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 234, waarbij uiteindelijk echter beide opties voor mogelijk lijken te worden gehouden (zo ook Bartels 2014, p. 152, voetnoot 14). Vgl. voorts Struycken 2007, p. 582-583 die het debat toespitst op middellijke vertegenwoordiging, omdat bij het eigendomsvoorbehoud de constructie van de alternatieve opschortende voorwaarde voorhanden is en p. 585 waar hij de contractuele machtiging wil beperken tot 'vormen van beschikking door een vertegenwoordiger op eigen naam.'

505 Zo ook Van Vliet 2002, p. 64-65, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 968, Steneker 2012, nr. 38, Reehuis 2013, nr. 70 en Asser/Van Mierlo 3-IV 2016, nr. 546. In deze richting ook (voorheen) O.K. Brahn, 'De beschikkingsbevoegdheid van de houder van roerend goed', *WPNR* 1974 (5260), p. 267-270 en Vriesendorp 1985a, p. 96, die echter uitgaan van zgn. 'zakelijke vertegenwoordiging'.

506 Bartels 2014, p. 152, voetnoot 14.

voor de hand ligt.⁵⁰⁷ In het navolgende wordt dan ook onderzocht hoe de constructie van de vervreemdingsbevoegdheid moet worden begrepen wanneer de koopovereenkomst daarover niet met zoveel woorden uitsluitel geeft.

8.12.1 *Alternatieve opschortende voorwaarde*

In de constructie van de alternatieve opschortende voorwaarde verkrijgt de koper de eigendom niet alleen door voldoening van de verschuldigde tegenprestatie, maar evenzeer – bij wijze van alternatief – als de koper overgaat tot vervreemding in de normale bedrijfsuitoefening. In deze benadering behoeft het geen verklaring hoe het kan dat de koper in staat is de eigendom aan de afnemer te verschaffen. De afnemer verkrijgt namelijk zonder meer van de koper als beschikkingsbevoegde, omdat de koper eigenaar is geworden van de zaak. Op het moment dat de koper bevoegdelijk beschikt over de zaak, treedt de alternatieve opschortende voorwaarde in vervulling en wordt de koper op dat moment voor een juridische seconde eigenaar van de zaak, die op hetzelfde ondeelbare moment het vermogen van de koper weer verlaat. Afgezien van het gekunstelde karakter van deze constructie, acht ik haar om een aantal redenen niet overtuigend.

In de eerste plaats heeft zij te kampen met een oorzakelijk probleem. De koper wordt eigenaar op het moment dat hij de verkochte zaak in de normale bedrijfsuitoefening vervreemdt aan de afnemer, maar hij kan de zaak pas (op de voet van artikel 3:84 BW) overdragen aan de afnemer als hij eigenaar is geworden. De eigendomsoverdracht aan de afnemer is aldus afhankelijk van het verkrijgen van de onvoorwaardelijke eigendom, terwijl de verkrijging van de onvoorwaardelijke eigendom afhankelijk is gesteld van de eigendomsoverdracht in de normale bedrijfsuitoefening.⁵⁰⁸ Dit probleem wordt door de aanhangers van deze constructie gesignaleerd en ondervangen met een beroep op een samenvval van rechtsmomenten, zoals dat concept is uitgewerkt door Eggens.⁵⁰⁹ Hij keert zich tegen de gedachte ‘dat rechtshandelingen, die juridisch tot elkander betrokken gedacht worden in de verhouding van oorzaak tot gevolg, *noodzakelijkerwijze* in tijd op elkander volgend moeten voorvallen: eerst de oorzaak – daarna het gevolg.’⁵¹⁰ Een dergelijke volgorde is volgens hem geenszins noodzakelijk:

‘Het valt intusschen gemakkelijk in te zien, dat datgene, wat als het logisch-eerdere van iets anders gedacht wordt, daarom nog niet in tijd aan dat andere behoeft vooraf te gaan, en dat in één moment meerdere rechtshandelingen (ook die welke als oorzaak en gevolg tot elkander betrokken worden) kunnen samenvallen, of – anders gezegd – dat in eene rechtshandeling meerdere momenten kunnen samenvallen, d.w.z. dat dan in één moment geschiedt wat anders (en gewoonlijk) op na elkaar vallende tijdstippen wordt verricht.’⁵¹¹

Het komt mij voor dat in de constructie van de alternatieve opschortende voorwaarde al te eenvoudig wordt teruggegrepen op dit samenvval van rechtsmomenten. Eggens’ betoog heeft betrekking op de situatie dat datgene, wat

⁵⁰⁷ Zie voor het Duitse recht Serick 1963, p. 432-434.

⁵⁰⁸ Vriesendorp 1985a, p. 96 en Groefsema 1993, p. 61 en p. 71.

⁵⁰⁹ Van Mierlo 1988, p. 74, Peter 2007, p. 163-164 en Bartels 2014, p. 152-153.

⁵¹⁰ Eggens 1930, p. 409.

⁵¹¹ Eggens 1930, p. 409.

gewoonlijk na iets anders geschiedt – omdat het eerdere voorwaarde is voor het latere – niet noodzakelijkerwijze ook na het eerdere hoeft te geschieden, maar ook gelijktijdig met dat eerdere kan plaatsvinden. Voor de hier aan de orde zijnde constructie biedt zij evenwel geen uitkomst. Eggens heeft het over de situatie dat de totstandkoming van tweede rechtshandeling afhankelijk is van de eerdere totstandkoming van de eerdere rechtshandeling. In een dergelijk geval kan, zo betoogt Eggens, ook worden aangenomen dat voldoende is dat beide rechtshandelingen op hetzelfde moment tot stand kunnen komen. In het onderhavige geval is niet enkel de tweede handeling – de overdracht aan de afnemer – afhankelijk van de eerdere – de eigendomsverkrijging door de koper –, maar is tevens de eerste handeling afhankelijk van de latere. Het samenvallend van rechtsmomenten voorziet niet in een oplossing voor het geval dat de beide rechtsgevolgen wederzijds afhankelijk zijn. Deze hobbel kan wel worden genomen wanneer niet zozeer de vervreemding door de koper als alternatieve voorwaarde wordt beschouwd, maar de directe aanzet tot die vervreemding.⁵¹² Gaat de koper over tot verkoop in de normale bedrijfsuitoefening, dan lokt die verkoop reeds de vervulling van de opschortende voorwaarde uit, als gevolg waarvan de koper eigenaar wordt en de zaak ook kan overdragen. Het oorzakelijkheidsprobleem is daarmee weggenomen, maar daardoor wordt tevens het risico vergroot dat de zaak blijft steken in het vermogen van de koper, omdat hij niet slechts voor een juridische seconde eigenaar wordt, maar voor een langere tijdspanne.⁵¹³

Daarmee is het tweede bezwaar tegen deze constructie gegeven. Met de verlening van de bevoegdheid aan de koper beogen partijen in het algemeen niet dat de koper eigenaar wordt van de zaak, maar beogen partijen simpelweg duidelijk te maken dat de koper de zaak kan en mag overdragen aan zijn afnemers.⁵¹⁴ De partijbedoeling is daarmee gericht op eigendomsverkrijging door de afnemer en niet door de koper. Doordat de zaak door meerdere vermogens loopt, wordt het risico vergroot op complicaties door eventuele beperkingen van de beschikkingsbevoegdheid van de koper. Hierdoor strookt deze constructie niet met het belang van de verkoper en de reden voor de verlening van de vervreemdingsbevoegdheid. De verkoper is bereid zijn voorbehouden eigendomsrecht prijs te geven, indien de koper de zaak aan een afnemer overdraagt, omdat de koper daarvoor een tegenprestatie verkrijgt, waarmee hij de verkoper kan afbetalen. Indien reeds de verkoop aan een afnemer eigendomsverlies van de verkoper teweeg brengt, is denkbaar dat het niet eens tot een (definitieve) vervreemding komt aan de afnemer, terwijl de verkoper zijn eigendomsrecht reeds voordien heeft verloren doordat de koper eigenaar is geworden. Bovendien volgt ook niet uit de verwachtingen van de afnemer dat hij de zaak uit het vermogen van de koper overgedragen krijgt.⁵¹⁵ In het algemeen zal het hem onverschillig zijn wie hem de zaak overdraagt, zolang hij maar eigenaar wordt.

⁵¹² Reehuis 1987, p. 87.

⁵¹³ Vriesendorp 1985a, p. 95.

⁵¹⁴ Mayrhofer 1969b, p. 293-294.

⁵¹⁵ In die richting echter Mezas 1985, p. 58, Reehuis 1987, p. 86 en Van Mierlo 1988, p. 73 (zij het als reactie op de gedachte dat de koper de verkoper zou vertegenwoordigen).

Een derde bezwaar tegen deze constructie is dat het uit een oogpunt van een consistente interne systematiek van het recht niet goed valt in te zien waarom bij middellijke vertegenwoordiging algemeen wordt uitgegaan van een machtigingsconstructie, maar in het vergelijkbare geval van de vervreemding van onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken door de koper een andere constructie aangewezen zou zijn. Dit lijkt een gevolg te zijn van het feit dat volgens deze auteurs bij het eigendomsvoorbehoud moeilijkheden zouden bestaan bij de toepassing van de machtigingsconstructie. Hierna zal blijken dat deze problemen in werkelijkheid grotendeels niet aanwezig zijn. Ook vanuit rechtsvergelijkend opzicht wijkt het Nederlandse recht af met de constructie door middel van een alternatieve opschortende voorwaarde.⁵¹⁶ Zowel het Duitse als het Oostenrijkse recht construeren de vervreemdingsbevoegdheid ook bij een eigendomsvoorbehoud aan de hand van de mogelijkheid om een ander contractueel beschikkingsbevoegdheid te verlenen.

8.12.2 Contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid

Overtuigender is dan ook de opvatting waarin de bevoegdheid van de koper om de zaak te vervreemden in de normale bedrijfsuitoefening voortvloeit uit het feit dat de verkoper de koper contractueel de bevoegdheid verleent om de zaak in normale bedrijfsuitoefening over te dragen. De koper beschikt dan als beschikkingsbevoegde over de zaak, maar wordt in deze constructie zelf geen eigenaar van de verkochte zaak. De zaak gaat rechtstreeks over uit het vermogen van de verkoper in het vermogen van de afnemer van de koper.⁵¹⁷

Zoals hiervoor al aan de orde kwam, is algemeen aanvaard dat een ander dan de rechthebbende de bevoegdheid kan hebben om over een zaak te beschikken en is eveneens algemeen geaccepteerd dat de rechthebbende deze bevoegdheid contractueel aan de ander kan verlenen. De gemachtigde leidt zijn beschikkingsbevoegdheid dan af van de rechthebbende, zodat de beschikkingsbevoegdheid van de gemachtigde die wordt gebaseerd op de machtiging niet verder kan strekken dan de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende zelf. Er is sprake van

⁵¹⁶ Men treft deze constructie in de (oudere) Duitse en Oostenrijkse literatuur nog wel aan, maar dan uitsluitend in geval van een *nachgeschalteter* eigendomsvoorbehoud. Ook dan wordt deze constructie tegenwoordig – behoudens een uitdrukkelijk beding in de richting van een alternatieve opschortende voorwaarde – echter verworpen. Zie bijv. Mayrhofer 1969b, p. 293 ('Parteien können jede der beiden Formen festlegen', maar hij wil bij twijfel niet uitgaan van de constructie van de alternatieve opschortende voorwaarde wegens de verstrekkender gevolgen) en Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 635 ('möglich, aber gewiß nicht zu vermuten'). Vgl. ook Frotz 1970, p. 182-183. Zie voor Duitsland de verwijzingen bij Serick 1963, p. 420, voetnoot 59. In BGH 24 maart 1971, *NJW* 1971, 1038 werd deze constructie verworpen, aangezien werd overwogen dat bij een *nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt* de verkoper zijn eigendomsrecht niet reeds door de vervreemding door de koper verliest, maar pas als ofwel de koper de verschuldigde tegenprestatie voldoet ofwel diens afnemer de door hem (aan de koper) verschuldigde koopprijs voldoet.

⁵¹⁷ Men kan de contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid beschouwen als het spiegelbeeld van art. 3:110 BW, dat de directe verkrijging regelt. Zie bijv. Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 442. Terecht merkt Bartels 2004, p. 59-60 op dat bij directe vervreemding bezit en houderschap geen probleem vormen, zodat art. 3:110 BW slechts steun biedt voor het resultaat en niet de constructie kan verklaren. Terwijl art. 3:110 BW nodig is om een bezitskwestie op te lossen teneinde directe verkrijging mogelijk te maken, ligt het voor de hand het omgekeerde *a fortiori* te aanvaarden, aangezien daar geen moeilijkheden rond het bezit aan de orde zijn. Zie ook T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 382 over de commissionair die als houder rechtstreeks het bezit kan verschaffen aan een derde. Daaruit kan worden afgeleid dat Meijers het voor mogelijk hield dat een commissionair rechtstreeks aan een derde de eigendom kan overdragen, zonder dat daarvoor nodig is dat de commissionair eerst eigenaar en bezitter wordt.

afgeleide of secundaire beschikkingsbevoegdheid.⁵¹⁸ De machtiging laat de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende in beginsel bovendien onverlet.⁵¹⁹ De machtiging heeft slechts tot gevolg dat de gemachtigde *ook* de bevoegdheid heeft om over de zaak te beschikken. Door de heersende leer wordt echter betoogd dat de machtigingsconstructie minder goed zou passen bij de vervreemdingsbevoegdheid van de koper onder eigendomsvoorbehoud. Daarvoor wordt een viertal argumenten aangedragen.

In de eerste plaats wordt problematisch geacht dat de koper, anders dan de middellijk vertegenwoordiger, niet alleen in eigen naam handelt bij de vervreemding van de zaak, maar tevens voor eigen rekening.⁵²⁰ Daarbij lijkt ervan uit te worden gegaan dat de machtiging in zekere zin een vorm van vertegenwoordiging is, waardoor de constructie niet toegepast kan worden als de gemachtigde zowel voor eigen rekening alsook voor eigen risico handelt. Dit argument komt mij niet overtuigend voor. Bij de contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid is geen sprake van vertegenwoordiging, maar van machtiging. De rechthebbende machtigt een ander om over de zaak te beschikken, zonder dat daarvoor noodzakelijk is dat de gemachtigde handelt voor rekening van de rechthebbende. Wanneer men eenmaal aanvaardt dat het mogelijk is dat een rechthebbende een ander de bevoegdheid kan verlenen om over een zaak te beschikken, valt niet goed in te zien waarom de mogelijkheid daarvan beperkt zou moeten blijven tot gevallen waarin de zaak voor rekening en risico van de rechthebbende wordt vervreemd. De mogelijkheid om als rechthebbende een ander te machtigen om bevoegdelijk over een aan hem toebehorende zaak te beschikken, berust namelijk op de autonomie van de rechthebbende.⁵²¹ Aangezien de rechthebbende eigenaar is van de zaak, kan hij zelf het lot van de zaak bepalen. Niet goed valt in te zien waarom de rechthebbende wel in staat zou zijn om de zaak te vernietigen, aan een ander te schenken, maar niet een ander de bevoegdheid zou kunnen verlenen om voor eigen rekening over de zaak te beschikken. Het moet dan ook aan de autonomie van de eigenaar worden overgelaten om te bepalen dat een ander over de aan hem toebehorende zaak kan beschikken, waarbij onverschillig is voor wiens rekening en risico de beschikking plaatsvindt.

Een tweede reden waarom de machtigingsconstructie niet goed zou zijn toe te passen bij de vervreemding door de koper onder eigendomsvoorbehoud, is dat de verkoper, anders dan de middellijk vertegenwoordigde, geen onvoorwaardelijk eigenaar meer is van de verkochte zaak.⁵²² Als gevolg van de voorwaardelijke overdracht aan de koper, is de verkoper nog slechts eigenaar onder ontbindende

518 Groefsema 1993, p. 27, Reehuis 2010, nr. 28, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 142 en Krzemiński 2013, p. 296-297. Zie voor Duitsland Staudinger/Gursky 2014, § 185 BGB, Rn. 26 en MünchKomm-BGB/Bayreuther 2015, § 185 BGB, Rn. 22.

519 Groefsema 1993, p. 29, Struycken 2007, p. 581 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 142. Zie voor Duitsland Staudinger/Gursky 2014, § 185 BGB, Rn. 26 en MünchKomm-BGB/Bayreuther 2015, § 185 BGB, Rn. 23.

520 Peter 2007, p. 161 en A-G Rank-Berenschot in punt 2.23 van haar conclusie voor HR 3 juni 2016, *NJ* 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*). Vgl. ook de bezwaren van Mezas 1985, p. 58 en Reehuis 1987, p. 86 tegen de vertegenwoordigingsconstructie. Zie ook Krzemiński 2013, p. 300, die enerzijds opmerkt dat hij zich 'geen situatie voorstellen waarbij een rechthebbende aan een ander de bevoegdheid verleent om in eigen naam en voor eigen rekening zijn goed te vervreemden', maar anderzijds bij bezwaring geen problemen ziet omdat het 'een rechthebbende op grond van zijn autonomie vrij[staat] te bepalen voor wiens rekening hij zijn recht inzet.'

521 Groefsema 1993, p. 23. Vgl. ook Nieuwenhuis 1980, p. 61-63.

522 Mezas 1985, p. 58 en Peter 2007, p. 161-162.

voorwaarde en is zijn beschikkingsbevoegdheid ook dienovereenkomstig beperkt. Aangezien de beschikkingsbevoegdheid van de koper wordt afgeleid van die van de verkoper, zou de verkoper de koper dus slechts kunnen machtigen om te beschikken over het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. In feite gaat het hierbij om de vraag wat er gebeurt met het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, als de koper de zaak vervreemdt in de normale bedrijfsuitoefening. Het eigendomsrecht van de verkoper en daarmee zijn beschikkingsbevoegdheid is namelijk beperkt omdat een deel van het eigendomsrecht is afgesplitst ten gunste van de koper. Als gevolg van de splitsing van het eigendomsrecht in twee voorwaardelijke eigendomsrechten is ook de beschikkingsbevoegdheid gesplitst: de verkoper is bevoegd te beschikken over het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en de koper is bevoegd te beschikken over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. De beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper door de voorwaardelijke overdracht aan de koper vormt daarmee in het geheel geen bezwaar tegen de machtigingsconstructie, nu de beperking van de beschikkingsbevoegdheid correspondeert met een aan de koper toekomende beschikkingsbevoegdheid over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Samen hebben zij de beschikkingsbevoegdheid over de zaak. Gezamenlijk kunnen zij aldus een beschikking treffen over de (onvoorwaardelijke eigendom van de) zaak.⁵²³

Er is aldus sprake van een samengestelde beschikkingsbevoegdheid. Samen kunnen de verschillende gerechtigden bewerkstelligen wat zij afzonderlijk niet kunnen.⁵²⁴ Een dergelijke samengestelde beschikkingsbevoegdheid is geen bijzonderheid die enkel optreedt bij het eigendomsvoorbehoud. Zij komt veel vaker voor in het Nederlandse recht. Zo kan de eigenaar die een pandrecht heeft gevestigd op een aan hem toebehorende zaak, vervolgens geen eersterangs pandrecht meer vestigen. Hij is nog slechts beschikkingsbevoegd over de met het pandrecht bezwaarde zaak. De (eerste) pandhouder kan daarentegen geen pandrecht vestigen op de aan hem verpande zaak, aangezien deze hem niet toebehoort. Gezamenlijk kunnen zij echter bewerkstelligen dat zij een eersterangs pandrecht vestigen op de zaak door de figuur van herverpanding (art. 3:242 BW).⁵²⁵ Samen kunnen de pandhouder en pandgever wat zij afzonderlijk niet zouden kunnen. Vergelijkbaars geldt voor in vruchtgebruik gegeven zaken. Na de vestiging van het recht van vruchtgebruik is de eigenaar niet meer bevoegd de zaak onbezwaard te

⁵²³ Vgl. ook Schuijling 2017, p. 24 die echter lijkt uit te gaan van twee separate beschikkingen over de beide voorwaardelijke eigendomsrechten.

⁵²⁴ Zo is naar Duits recht algemeen aanvaard dat verkoper en koper gezamenlijk een overdracht van de zaak kunnen bewerkstelligen. Zie voor een voorbeeld BGH 10 oktober 1984, *NJW* 1985, 376. Wanneer een dergelijke beschikking geschiedt door de verkoper wordt dit veelal verklaard doordat de koper de verkoper kan machtigen om een beschikking tot stand te brengen zonder de beperkingen van § 161 BGB, omdat deze beperkingen slechts plaatsgrijpen ten gunste van de koper. Zie Serick 1963, p. 444, voetnoot 104, Staudinger/Bork 2015, § 161 BGB, Rn. 13 en MünchKomm-BGB/Westermann 2015, § 161 BGB, Rn. 7. In het verlengde daarvan wordt een overdracht van de zaak ook wel beschouwd als het prijsgeven van de bescherming van de voorwaardelijke beschikking door de koper, dus in feite een afstand van het *Anwartschaftsrecht*. Zie daarvoor bijv. Wieling 2006, p. 813 en Bülow 2012, p. 254-255.

⁵²⁵ Vgl. Krzemiński 2013, p. 300-306 (m.b.t. de herverpandingsbevoegdheid als contractuele machtiging) en p. 329-333 (m.b.t. de rangwisseling door herverpanding), die op p. 331 ook spreekt van een samengestelde bevoegdheid, maar dat moeilijk te verklaren acht. Wanneer men bedenkt dat de herverpandingsbevoegdheid is samengesteld uit de van de eigenaar afgeleide beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de zaak – waardoor een pandrecht kan worden gevestigd – en de bevoegdheid tot rangwisseling, die volgt uit het pandrecht zelf (waarvan de rang immers onderdeel uitmaakt), vloeit de mogelijkheid tot herverpanding voort uit het samenstel van de machtiging en de hoedanigheid van rechthebbende van het pandrecht.

vervreemden. De vruchtgebruiker is daarentegen niet bevoegd over de in vruchtgebruik gegeven zaak te beschikken. Gezamenlijk kunnen de vruchtgebruiker en de hoofdgerechtigde de zaak echter wel vervreemden, hetgeen in de praktijk met name geschiedt doordat de hoofdgerechtigde machtigt om over de zaak te beschikken (art. 3:212 lid 2 BW). De beschikkingsbevoegdheid is dan samengesteld uit de machtiging van de hoofdgerechtigde en de aan de vruchtgebruiker zelfstandig toekomende beschikkingsbevoegdheid. Soortgelijks geldt in geval van een voorwaardelijke making. Degene aan wie het vermaakte tot de vervulling van de opschortende voorwaarde toekomt, kan slechts beschikken over het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Met instemming van de eigenaar onder opschortende voorwaarde kan hij evenwel beschikken over (de onvoorwaardelijke eigendom van) de zaak zelf.⁵²⁶ Niets anders geldt voor de vervreemdingsbevoegdheid bij het eigendomsvoorbehoud. Vanwege de samengestelde beschikkingsbevoegdheid van verkoper en koper vormt de omstandigheid dat de verkoper nog slechts beperkt beschikkingsbevoegd is, geen obstakel voor de machtigingsconstructie.

Een derde bezwaar tegen de machtigingsconstructie zou zijn gelegen in het feit dat de koper ook de mogelijkheid moet hebben om als wederverkoper zelf een eigendomsvoorbehoud te bedingen.⁵²⁷ De gedachte is kennelijk dat de koper deze mogelijkheid enkel zou kunnen hebben in de constructie met de alternatieve opschortende voorwaarde, omdat de koper pas een eigendomsrecht zou kunnen voorbehouden, indien hij ook eigenaar is geworden.⁵²⁸ Naar mijn mening is dat echter geenszins noodzakelijk en leidt die constructie bovendien tot ongewenste resultaten in het geval dat de tweede overdracht niet leidt tot eigendomsverkrijging door de afnemer, bijvoorbeeld omdat laatstgenoemde in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde prestatie of de koopovereenkomst om andere redenen wordt ontbonden. In de constructie met de alternatieve opschortende voorwaarde zou de koper dan door uitoefening van het eigendomsvoorbehoud eigenaar blijven en hoogstens verplicht zijn de zaak terug over te dragen aan de verkoper. Het komt mij hoogst onwaarschijnlijk voor dat partijen daadwerkelijk voor ogen hebben dat de koper eigenaar wordt van de verkochte zaak in het kader van de niet-definitieve vervreemding aan zijn afnemer.⁵²⁹ Dat ligt met name niet voor de hand in het geval dat de verkoper de koper de verplichting heeft opgelegd om een eigendomsvoorbehoud te bedingen, als de afnemer niet direct betaalt. Met een dergelijke clausulering van de vervreemdingsbevoegdheid geeft de verkoper te kennen dat hij enerzijds weliswaar bereid is om zijn voorbehouden eigendomsrecht prijs te geven, maar anderzijds zijn eigendomsrecht zo lang mogelijk wil voorbehouden.⁵³⁰ Hij wenst zijn eigendomsrecht pas te verliezen als de afnemer ook daadwerkelijk eigenaar wordt. Daarmee strookt het niet dat de verkoper zijn eigendomsrecht al zou verliezen op het moment dat

526 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 4 BW*, p. 812-813.

527 Bartels 2014, p. 152, voetnoot 14. Zie ook Reehuis 2013, nr. 71, die dit ook in de machtigingsconstructie mogelijk lijkt te achten, maar niet verklaart op welke wijze dit geconstrueerd kan worden.

528 Mezas 1985, p. 66 en Brahn 1992a, p. 53.

529 Vgl. Serick 1963, p. 431 en Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 635.

530 Serick 1963, p. 432.

de koper een eigendomsvoorbehoud bedingt, zonder dat het erop aankomt of de afnemer ook daadwerkelijk eigenaar wordt.⁵³¹ Het stemt meer overeen met de betrokken belangen dat uit een dergelijke afspraak moet worden afgeleid dat de afnemer eigenaar wordt indien hij de prestatie voldoet die hij verschuldigd is aan de koper, maar dat de eigendomsverhoudingen voor het overige – dus indien de afnemer de verschuldigde prestatie niet voldoet – afhankelijk blijven van de vervulling van de voorwaarde in verhouding tussen verkoper en koper.

Ook op dit punt is de constructie van de contractuele verlening van beschikingsbevoegdheid derhalve verkieslijk. In deze constructie wordt de afnemer eigenaar van de zaak, indien hij de door hem verschuldigde prestatie voldoet aan de koper, onverschillig of de koper de door hem verschuldigde prestatie reeds aan de verkoper heeft voldaan.⁵³² Tot dat moment blijft de verkoper vooralsnog voorwaardelijk eigenaar.⁵³³ De verkoper verliest zijn voorbehouden eigendomsrecht derhalve ofwel als de koper de verschuldigde prestatie voldoet waarvan zijn eigendomsverkrijging afhankelijk was of als de afnemer de door hem aan de koper verschuldigde prestatie voldoet.⁵³⁴ Indien de afnemer in gebreke met de voldoening van de verschuldigde prestatie, dan kan de koper het door hemzelf bedongen eigendomsvoorbehoud uitoefenen.⁵³⁵ Blijft daarentegen de koper in gebreke met de voldoening van de door hem verschuldigde prestatie, kan de verkoper overgaan tot ontbinding van de koopovereenkomst, maar kan hij de zaak (vooralsnog) niet opvorderen van de afnemer, nu de koper de zaak met instemming van de verkoper voorwaardelijk heeft overgedragen aan de afnemer.⁵³⁶

Als de koper ook een eigendomsvoorbehoud bedingt, worden derhalve twee eigendomsvoorbehouden aaneengeregen.⁵³⁷ Als gevolg van dit tweede, aaneengeschakelde eigendomsvoorbehoud (*nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt*) hebben met betrekking tot dezelfde zaak twee voorwaardelijke overdrachten plaatsgevonden, waarbij evenwel bedacht moet worden dat de verschillende voorwaarden ook een verschillende inhoud hebben en een alternatief karakter hebben.⁵³⁸ Dat de koper in staat is om een eigendomsvoorbehoud te bedingen ten

531 Zo echter Mezas 1985, p. 65.

532 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 635, Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 10 en Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 157.

533 Mayhofer 1969, p. 297, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 635, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 101, Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 105, Bülow 2012, p. 562-563, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 157, Schwimann & Kodek/Spitzer 2014, § 1063 ABGB, Rn. 66 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 89. Zie uit de rechtspraak BGH 24 maart 1971, *NJW* 1971, 1038.

534 Reehuis 2013, nr. 71. Zie ook Brahn 1984, p. 56-57 (zij het uitsluitend met betrekking tot de bezitsvraag).

535 Anders: Vriesendorp 1985a, p. 100-101, die ervan uitgaat dat de koper het eigendomsvoorbehoud slechts voor de verkoper zou bedingen en het eigendomsvoorbehoud niet zou kunnen uitoefenen omdat hij nog geen eigenaar is. Zie echter hiervoor in paragraaf 8.6.1 over de revindicatie van de voorwaardelijk eigenaar.

536 Mayrhofer 1969b, p. 297 en Bülow 2012, p. 445. Zie voorts paragraaf 8.9.5 over het gebruiksrecht van de koper gedurende de periode van onzekerheid.

537 Soergel/Henssler 2002, Anh zu § 929 BGB, Rn. 105, Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 157.

538 Anders: Vriesendorp 1985a, p. 101, waaruit blijkt dat hij niet zozeer uitgaat van een nieuw, zelfstandig eigendomsvoorbehoud, maar een voortzetting van het eigendomsvoorbehoud van de verkoper. Er is derhalve sprake van een zgn. *weitergeleiteter Eigentumsvorbehalt*, hetgeen per saldo niet veel anders is dan de overdracht van het voorwaardelijk eigendomsrecht (Zie Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 634) of een overdracht van de zaak met instemming van de verkoper waaraan een dubbele voorwaarde wordt verbonden. Vgl. Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 156.

aanzien van de zaak, waarvan hij nog geen eigenaar is,⁵³⁹ volgt uit de omstandigheid dat hij als gevolg van de samengestelde beschikkingsbevoegdheid – bestaande uit de machtiging van de verkoper en de beschikkingsbevoegdheid over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde – bevoegd is om over de zaak te beschikken.⁵⁴⁰

Als gevolg van het tweede eigendomsvoorbehoud krijgt het eigendomsvoorbehoud in de relatie tussen de verkoper en de koper een subsidiair karakter. Enkel indien de afnemer de verschuldigde prestatie niet voldoet, is voor het eigendomsvoorbehoud tussen verkoper en koper nog een rol weggelegd. Als de afnemer namelijk de verschuldigde prestatie voldoet, dan wordt hij onvoorwaardelijk eigenaar van de zaak en kan de eerste voorwaardelijke overdracht niet meer tot gevolg hebben dat de koper eigenaar wordt. Zo gezien heeft het tweede eigendomsvoorbehoud voorrang boven het eerste eigendomsvoorbehoud, hetgeen gerechtvaardigd wordt door de omstandigheid dat de verkoper heeft ingestemd met de vervreemding door de koper en de koper heeft ingestemd met het feit dat hij door betaling geen eigenaar meer wordt, door de zaak aan een afnemer te vervreemden. Geconcludeerd kan derhalve worden dat de machtigingsconstructie niet in de weg staat aan het bedingen van een eigendomsvoorbehoud in de relatie tussen de koper en diens afnemers. Integendeel, door middel van de machtigingsconstructie wordt meer aan de betrokken belangen recht gedaan, omdat de verkoper zijn eigendomsrecht pas verliest als de afnemer ook daadwerkelijk eigenaar wordt.

Een vierde bezwaar tegen de machtigingsconstructie is gelegen in de omstandigheid dat de machtiging komt te vervallen door het faillissement van de verkoper.⁵⁴¹ Deze consequentie lijkt onontkoombaar, omdat zij noodzakelijkerwijs volgt uit het feit dat de beschikkingsbevoegdheid van de koper in de machtigingsconstructie is afgeleid van die van de verkoper.⁵⁴² Wanneer het faillissement de verkoper diens beschikkingsbevoegdheid ontnemt (art. 23 Fw), heeft dat eveneens tot gevolg dat de koper zijn afgeleide beschikkingsbevoegdheid verliest. In de literatuur wordt dit gevolg soms ook gebaseerd op het eindigen van een volmacht in geval van faillissement van de volmachtgever (art. 3:72 BW).⁵⁴³ Hoewel volmacht en machtiging juist van elkaar verschillen met betrekking tot de vraag in wiens naam wordt gehandeld en in zoverre betwijfeld kan worden of

539 Zie treffend Frotz 1970, p. 182: 'Hier behält sich der Vorbehaltskäufer bei einem Kreditverkauf seinerseits das (ihm freilich noch gar nicht zustehende) Eigentum an der Sache (...) vor.' Zo ook Bollenberger 1995b, p. 641 en Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 101.

540 Per saldo leidt de tweede voorwaardelijke overdracht derhalve tot een inhoudelijke wijziging van de aan de verkoper en koper toebehorende voorwaardelijke eigendomsrechten. Zie over de inhoudelijke modificatie van voorwaardelijk eigendomsrechten hiervoor in paragraaf 8.9.6. Tot die wijziging is de koper bevoegd, omdat hij voor de wijziging van het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde de bevoegdheid kan ontleen aan de machtiging en voor de wijziging van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde aan het feit dat hij daarvan rechthebbende is. Zodoende kan de koper bewerkstelligen dat de voorwaardelijke overdracht aan de afnemer aan de voorwaardelijke overdracht aan hemzelf wordt voorge-rangeerd. In zekere zin vindt daarmee een soort rangwisseling plaats tussen de verschillende voorwaardelijke overdrachten. Vgl. Schoordijk 1978, p. 424 en Rongen 2014, p. 311.

541 Mezas 1985, p. 58, Vriesendorp 1985a, p. 97, Reehuis 1987, p. 87 en Van Mierlo 1988, p. 73.

542 Zie voor dit afgeleide karakter hiervoor in voetnoot 518. Anders: Nieuwenhuis 1980, p. 62 die opmerkt dat dit niet nodig is omdat het vereiste van beschikkingsbevoegdheid er slechts toe strekt 'dat iemand *tegen zijn wil* een recht verliest doordat een ander dat *zonder toestemming* aan een derde overdraagt.' In geval van faillissement spelen echter ook andere aspecten een rol, zoals het hierna in de hoofdttekst te spreken fixatiebeginsel. Vgl. Struycken 2007, p. 582, voetnoot 292.

543 Groefsema 1993, p. 32 en p. 67 en Krzemiński 2013, p. 203 en p. 303.

analoge toepassing van de regels voor volmacht altijd aangewezen is, pleit in dit geval voor de analogie dat de reden voor het eindigen van de volmacht in het algemeen ook opgeld doet voor de machtigingsconstructie. Aan die regel ligt namelijk ten grondslag dat voorkomen moet worden dat de strekking van het faillissementsbeslag zou worden doorkruist door reeds voor faillissement verleende volmachten.⁵⁴⁴ Het faillissement ontnemt de zeggenschap over de failliete boedel aan de schuldenaar en legt deze in handen van de curator, waarmee wordt gewaarborgd dat de boedel wordt aangewend voor het doel van het faillissement.⁵⁴⁵ Vergelijkbaars geldt voor de contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid. Als deze machtiging het uitspreken van het faillissement zou overleven, zou het doel van het faillissement kunnen worden doorkruist door beschikkingshandelingen van een gemachtigde. Als gevolg daarvan zou de failliet in staat zijn om over zijn graf te regeren, waardoor de fixatie van de boedel ten behoeve van de voldoening van de schuldeisers in gevaar zou kunnen komen. Het eindigen van volmachten en machtigingen door het uitspreken van het faillissement bewerkstelligt aldus dat het beheer en de vereffening van de boedel daadwerkelijk volledig aan de curator is toevertrouwd.

Voor de machtiging van de koper in het kader van een eigendomsvoorbehoud kunnen echter vraagtekens worden geplaatst bij deze ratio van het eindigen van de machtiging als gevolg van het faillissement van de verkoper. Ten aanzien van de verkochte zaak is immers reeds voor faillissement een geldige, aan de boedel tegenwerpbare voorwaardelijke beschikking tot stand gekomen. Als gevolg van deze voorwaardelijk beschikking is de zaak reeds bezig rechtsgeldig onder het faillissementsbeslag uit te geraken, terwijl de curator de koopovereenkomst, waarop deze voorwaardelijke overdracht is gebaseerd, bovendien moet respecteren. Het belang van de boedel bij het eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde is voor de vereffening van de boedel dus gering. Bij de normale loop der dingen is de zaak niet meer beschikbaar voor vereffening ten behoeve van het verhaal door de schuldeisers van de verkoper. Weliswaar ontstaat door de vervreemding door de koper het risico dat de boedel enerzijds het voorbehouden eigendomsrecht verliest en anderzijds niet de verschuldigde prestatie voldaan krijgt, maar dat risico is inherent aan het verlenen van een vervreemdingsbevoegdheid, terwijl dat risico bovendien niet wordt vergroot door het faillissement van de verkoper. Wanneer bovendien bedacht wordt dat de koper slechts bevoegd is de zaak te vervreemden in diens normale bedrijfsuitoefening, hetgeen een zekere mate van solvabiliteit van de koper veronderstelt, komen de belangen van de boedel en de schuldeisers van de verkoper enkel in het gedrang in de situatie dat een op zich solvante koper de zaak vervreemdt in de normale bedrijfsuitoefening, daarvoor een tegenprestatie ontvangt, vervolgens nalaat de verschuldigde prestatie aan de verkoper te voldoen en bovendien zelf in betalingsmoeilijkheden geraakt. Betwijfeld kan worden of het voortduren van de machtiging in faillissement inderdaad categorisch moet worden verworpen teneinde aan dat geringe risico tegemoet te

544 M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 293.

545 Vgl. Verstijlen 1998, p. 44 en p. 60.

komen. Als gevolg hiervan ontstaat bovendien een tamelijk willekeurig onderscheid tussen een vervreemding door de koper kort vóór en kort ná het uitspreken van het faillissement van de verkoper, terwijl het faillissement van de verkoper op zichzelf geen invloed heeft op de kans dat de koper de verschuldigde prestatie voldoet.

Het is evenwel de vraag of vanwege bovengenoemde argumenten geconcludeerd kan worden dat de vervreemdingsbevoegdheid van de koper niet eindigt door faillissement van de verkoper. Noodzakelijk daarvoor zou zijn dat voor dit specifieke geval over het afgeleide karakter van de beschikkingsbevoegdheid wordt heengestapt.⁵⁴⁶ Het Duitse recht lijkt zich in die richting te ontwikkelen, maar kan zich daarbij beroepen op § 107 InsO, op grond waarvan een koopovereenkomst met een eigendomsvoorbehoud geen hinder of wijziging ondervindt als gevolg van het faillissement van de verkoper. Een deel van de Duitse literatuur leidt uit die bepaling af dat de curator de koopovereenkomst in volle omvang moet respecteren, inclusief de door de verkoper verleende machtiging tot vervreemding, waardoor de vervreemdingsbevoegdheid faillissementsbestendig is.⁵⁴⁷ Het komt mij voor dat een dergelijke uitzondering op het afgeleide karakter van de beschikkingsbevoegdheid van de koper ook naar Nederlands recht wenselijk is, gelet op het feit dat de zaak uiteindelijk toch niet voor de boedel behouden blijft. Betwijfeld kan echter worden of een zodanige uitzondering zonder wettelijk ingrijpen kan worden bewerkstelligd.⁵⁴⁸

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat ook bij de vervreemding van onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken door de koper in zijn normale bedrijfsuitoefening sprake is van een contractuele verlening van de beschikkingsbevoegdheid door de verkoper. De daartegen aangevoerde bezwaren houden

546 Vgl. Nieuwenhuis 1980, p. 59-60 ten aanzien van de ontwikkeling van de executiebevoegdheid van de pand- en hypotheekhouder. Ook bij de beschikkingsbevoegdheid van de vruchtgebruiker tendert een deel van de literatuur ernaar deze niet meer enkel te beschouwen als afgeleid, maar als onderdeel van het recht zelf, waardoor zij in faillissement van de hoofdgerechtigde zou standhouden. Zie M.v.T., *Parl. Gesch. Boek 4 BW (Inv.)*, p. 1292, E.I. Kortlang, 'De betekenis van vruchtgebruik met intering voor de notariële praktijk', *WPNR* 1993 (6080), p. 119, M.J.A. van Mourik, 'De beschikkingsbevoegdheid van de vruchtgebruiker bij faillissement en (schuld)sanering van de hoofdgerechtigde', *WPNR* 2001 (6466), p. 988 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 288. Anders: E.B. Berenschot, 'Enige aspecten van de plaats van het vruchtgebruik in het vermogensrechtelijk systeem', *WPNR* 1985 (5730), p. 177 en Van Gaalen 2001, p. 125-126. Bij de bevoegdheid tot herverpanding wordt in de literatuur daarentegen algemeen aangenomen dat deze niet standhoudt in faillissement van de pandgever, ook door degenen die deze bevoegdheid als onderdeel van het goederenrechtelijk recht zelf beschouwen. Zie J.J. van Hees, 'Gedachten over herverpanding', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 234 (die op p. 230 aanneemt dat de herverpandingsbevoegdheid onderdeel gaat uitmaken van het pandrecht zelf), N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Het verleggen van grenzen bij het bepalen van de rangorde van rechten van pand of hypotheek', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid (Liber amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 177 (die op p. 175 en p. 177 opmerken dat de herverpandingsbevoegdheid deel uitmaakt van het pandrecht zelf) en Krzemiński 2013, p. 203-203 en p. 303 (die op p. 107, voetnoot 347 opmerkt dat de herverpandingsbevoegdheid een 'separaat aan de pandhouder toegekende bevoegdheid' is, die geen onderdeel uitmaakt van het pandrecht). Vgl. ook Groefsema 1993, p. 157, voetnoot 12 die spreekt van een combinatie van machtiging en beschikkingsbevoegdheid krachtens de wet.

547 Serick 1982, p. 350-358 (die weliswaar oordeelt dat de machtiging vervalt, maar dat baseert op het ontbreken van een bepaling als § 107 InsO), Staudinger/Gursky 2014, § 185 BGB, Rn. 40, MünchKomm-BGB/Bayreuther 2015, § 183 BGB, Rn. 7, BeckOGK/Regenfus 2016, § 183 BGB, Rn. 40 en Bamberger & Roth/Bub 2016, § 185 BGB, Rn. 9. Anders (zij het zonder in discussie te treden met de andere opvatting): Jaeger/Jacoby 2014, § 107 InsO, Rn. 47 en Mitlehner 2016, p. 55.

548 Zie in die richting Van Vliet 2002, p. 65.

grotendeels geen stand, terwijl de constructie met een alternatieve opschortende voorwaarde minder goed aansluit bij de betrokken belangen. Problematisch blijft echter in de machtigingsconstructie dat de bevoegdheid van de koper noodzakelijkerwijs lijkt te vervallen indien de verkoper failliet wordt verklaard.

8.13 Conclusie

In dit hoofdstuk is de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid onderzocht.

Het vertrekpunt voor de kwalificatie van de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid is de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde genomen. Van een bijzondere rechtspositie ten aanzien van de verkochte zaak kan namelijk pas worden gesproken zodra deze goederenrechtelijke werking op overtuigende wijze is verklaard. In dat verband is gebleken dat artikel 3:84 lid 4 BW de sleutel vormt tot de verklaring van de goederenrechtelijke werking. Omdat de koper op grond van die bepaling ondanks de opgeschorte werking van de overdracht terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt, is het recht van de verkoper, waarvan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is afgesplitst, dienovereenkomstig beperkt.

De splitsing van het eigendomsrecht bewerkstelligt aldus dat de positie van de koper is gewaarborgd. Vervolgens is aandacht besteed aan bezwaren tegen deze benadering en is geconcludeerd dat geen van de genoemde bezwaren vermag te overtuigen. Deze systematiek komt niet in strijd met de oneindigheid van het eigendomsrecht, omdat het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde een continuering vormt van het eigendomsrecht van de verkoper. Aangezien de splitsing van het eigendomsrecht berust op de wet, vooralsnog geen werking heeft en niet leidt tot een verdeling van eigendomsbevoegdheden, is geen sprake van een verboden splitsing van het eigendomsrecht. Weliswaar zijn aan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde enkele bevoegdheden verbonden, maar deze hebben een gemeenschappelijke grondslag, namelijk de voorwerking van de voorwaardelijke beschikking, op grond waarvan de eigenaar onder opschortende voorwaarde die bevoegdheden heeft, die nodig zijn om te waarborgen dat vervulling van de voorwaarde ook daadwerkelijk leidt tot onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging. Het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde is een eigendomsrecht als ieder ander eigendomsrecht, zodat evenmin sprake is van een met de *numerus clausus* strijdig nieuw goederenrechtelijk recht.

Een bijzonder aspect van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde in geval van een eigendomsvoorbehoud is gelegen in de omstandigheid dat de vormgeving van de voorwaarde een bijzondere afhankelijkheid schept tussen het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde en de koopovereenkomst. Aangezien de vervulling van de voorwaarde afhankelijk is van de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie uit de koopovereenkomst, vervalt het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde op het moment dat voldoening van de verschuldigde tegenprestatie niet meer mogelijk is, bijvoorbeeld door ontbinding van de koopovereenkomst. Deze vormgeving van de voorwaarde leidt tot een

verbintenisrechtelijke zwakte van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, die met name tot moeilijkheden kan leiden indien het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde toebehoort aan een ander dan de koper.

De koper kan gedurende de periode van onzekerheid over zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde beschikken, omdat dit eigendomsrecht een eigendomsrecht als ieder ander eigendomsrecht is. Voor de beschikking over een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde gelden in beginsel dan ook dezelfde regels als voor de beschikking over een 'gewoon' eigendomsrecht. Van belang is daarbij in het bijzonder dat het causale karakter van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde bij het eigendomsvoorbehoud tot gevolg kan hebben dat de verkrijger van het voorwaardelijk eigendomsrecht in vergaande mate geconfronteerd kan worden met de verbintenisrechtelijke afspraken tussen verkoper en koper.

De systematiek van het Nederlandse recht, waarbij het eigendomsrecht wordt gesplitst gedurende de periode van onzekerheid is overzichtelijk, omdat helder is wat de rechtspositie van de betrokken is en duidelijk is welke regels van toepassing zijn op het recht. Eveneens duidelijk is hoe het recht van de koper zich verhoudt tot de zaak. In dit opzicht is het Nederlandse recht verkieslijk boven de Duitse systematiek, waarin de verhouding tussen *Anwartschaftsrecht* en het eigendomsrecht met betrekking tot de zaak buitengewoon onduidelijk is, in het bijzonder op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat of beperkte rechten zijn gevestigd op het *Anwartschaftsrecht*.

In het slot van het hoofdstuk is aandacht besteed aan de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid ten aanzien van de *zaak*. Hij is houder van de zaak en niet bevoegd om het onvoorwaardelijke eigendomsrecht ten aanzien van de zaak te vervreemden. Door middel van een contractuele machtiging door de verkoper is de koper echter in staat om de zaak gedurende de periode van onzekerheid al te vervreemden aan afnemers. Deze constructie is verkieslijk boven de in de literatuur overheersende opvatting waarbij de beschikkingsbevoegdheid over de zaak wordt beschouwd als het in vervulling gaan van een alternatieve opschortende voorwaarde.

9 | Eigendomsvoorbehoud bij financiering door een derde

9.1 Inleiding

In het voorgaande is vrijwel uitsluitend aandacht besteed aan het geval dat een eigendomsvoorbehoud wordt bedongen in een tweepartijensituatie. De verkoper draagt een zaak over aan de koper, verleent hem uitstel van betaling en behoudt zich de eigendom van de zaak voor totdat de koper de verschuldigde prestatie volledig heeft voldaan. In de praktijk pleegt een eigendomsvoorbehoud ook vaak bedongen te worden wanneer de aanschaf van de zaak niet door de verkoper wordt gefinancierd – die daartoe namelijk niet altijd in staat is – maar door een derde.

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de vraag of en, zo ja, op welke wijze het bedingen van een eigendomsvoorbehoud bij financiering door een derde zich verdraagt met de in dit proefschrift verdedigde functie van het eigendomsvoorbehoud, zoals die in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen. Daartoe wordt allereerst aandacht besteed aan de mogelijke constructies die bestaan om het eigendomsvoorbehoud in te zetten bij financiering door een derde. In het vervolg wordt toegespitst op het geval dat de verkoper een eigendomsvoorbehoud bedingt en vervolgens de voorbehouden eigendom en de koopprijsvordering overdraagt aan de derde. In het bijzonder staat daarbij de vraag centraal in hoeverre het eigendomsvoorbehoud dan nog beantwoordt aan de functie, namelijk het voorbehouden van de eigen prestatie teneinde de ongedaanmaking na ontbinding veilig te stellen.

In dat kader wordt onderzocht of de voorbehouden eigendom een afhankelijk recht of nevenrecht is, dat met de koopprijsvordering overgaat op de cessionaris. Aansluitend wordt ingegaan op de gevolgen van subrogatie op het eigendomsvoorbehoud. Vervolgens wordt ingegaan op de verhouding tussen het fiduciaverbod en de overdracht van de voorbehouden eigendom. Tot slot wordt aandacht besteed aan een tweetal problemen die samenhangen met de omstandigheid dat de cessionaris van de koopprijsvordering en verkrijger van de voorbehouden eigendom geen partij is bij de tussen verkoper en koper gesloten koopovereenkomst. Het gaat daarbij ten eerste om de vraag in hoeverre de koper zijn gebruiksrecht kan tegenwerpen aan de verkrijger van de voorbehouden eigendom. In de tweede plaats rijst de vraag op welke wijze de verkrijger van de voorbehouden eigendom kan overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en wat de consequenties daarvan zijn voor de tussen verkoper en koper gesloten koopovereenkomst.

9.2 Denkbare toepassingen

Als niet de verkoper maar een derde de aanschaf van de zaak financiert voor de koper, kan op een aantal wijzen worden bewerkstelligd dat de derde zich de positie verschafft die een verkoper heeft bij een overdracht onder eigendomsvoorbehoud.¹ Aldus kan worden gerealiseerd dat de derde het eigendomsvoorbehoud kan uitoefenen als de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde prestatie.

In de eerste plaats is denkbaar dat de verkoper de zaak eenvoudigweg verkoopt en overdraagt aan de derde, die de zaak vervolgens doorverkoopt aan de koper en een eigendomsvoorbehoud bedingt.² In gevallen van leasing pleegt men deze constructie aan te duiden als indirecte leasing, omdat de leasing via het vermogen van de derde tot stand komt.³ In de praktijk wordt niet zelden afgezien van deze constructie, omdat de derde zowel wordt betrokken in een contractuele relatie met de verkoper en ook in de verhouding tot de koper optreedt als (volwaardig) verkoper. Daardoor kunnen voor de derde bepaalde (contractuele) aansprakelijkheidsrisico's ontstaan.⁴ Ook fiscale motieven kunnen een reden zijn om van deze constructie af te zien.⁵

Een tweede constructie die gehanteerd kan worden bij aanschaffinanciering door een derde is de zogenoemde *sale-and-lease-back*-constructie. In een zodanig geval sluit de koper de koopovereenkomst gewoon met de verkoper en financiert de derde de koopprijs, zodat de koper de eigendom verkrijgt. In de verhouding tussen koper en verkoper is dan geen behoefte (meer) aan een eigendomsvoorbehoud. Daarbij wordt overeengekomen dat de koper de zaak vervolgens overdraagt aan de financier, die hem vervolgens weer onder eigendomsvoorbehoud terugoverdraagt aan de koper, waarbij de voldoening van de voorgesloten koopprijs (eventueel met een bepaalde risico- of renteopslag) als opschortende voorwaarde wordt overeengekomen. Daarmee wordt bewerkstelligd dat de financier bij niet-voldoening van de verschuldigde prestatie door de koper kan terugvallen op de voorbehouden eigendom. Het voordeel van deze constructie ten opzichte van de hiervoor beschreven constructie is dat de derde niet in een contractuele relatie met de verkoper betrokken wordt. Risicovol aan deze constructie is dat de zaak het vermogen van de koper passeert.⁶

¹ Zie Zevenbergen 1938, p. 13-15, Kleijn 1990, p. 585-587, Van Hees 1997, p. 55 en Reehuis 2013, nr. 8.

² Schürmann 1936, p. 7. Zie ook Reehuis 2013, nr. 37 die een zekere spanning met de ratio van art. 3:84 lid 3 BW lijkt te signaleren. Zolang in de relatie tussen financier en verkoper maar sprake is van een titel die strekt tot werkelijke overdracht, bestaat er geen spanning met art. 3:84 lid 3 BW. In feite maakt de financier zichzelf simpelweg tot wederverkoper, door de zaak aan te schaffen van de verkoper en vervolgens door te verkopen aan de koper. Zie ook Snijders 1990, p. 74 en hierna in paragraaf 9.5. Vervolgens is in de verhouding tussen de financier en de koper sprake van een 'gewoon' eigendomsvoorbehoud. Daarvoor dienen derhalve ook de grenzen van art. 3:92 lid 2 BW in acht te worden genomen.

³ Zie bijv. Van Hees 1997, p. 81 en Asser/Houben 7-X 2015, nr. 44. Zie ook Verslag, *Kamerstukken II*, 1935/36, 70, 1, p. 4 alwaar wordt gesproken van 'secundaire huurkoop'.

⁴ Schürmann 1936, p. 8, Kleijn 1990, p. 586, A-G Hartkamp in punt 7 van diens conclusie voor HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 m.nt. W.M. Kleijn (*Keereweer q.q./Sogelease*) en Reehuis 2013, nr. 37. Zie ook BGH 27 maart 2008, *NJW* 2008, 1803, rov. 36, alwaar wordt opgemerkt dat de derde veelal niet 'in den Warenkreislauf eingebunden werden' wil.

⁵ Zie punt 7 van de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 m.nt. W.M. Kleijn (*Keereweer q.q./Sogelease*).

⁶ Vgl. Verslag, *Kamerstukken II*, 1935/36, 70, 1, p. 4.

Deze beide constructies hebben gemeen dat uiteindelijk sprake is van een ‘gewoon’ eigendomsvoorbehoud, in die zin dat een verkoper en koper tegenover elkaar staan in een contractuele relatie staan, waarin een eigendomsvoorbehoud is bedongen. Met betrekking tot de omstandigheid dat een eigendomsvoorbehoud is bedongen, treden hier dan ook geen bijzonderheden op. In het navolgende zal dan ook aandacht worden besteed aan de volgende constructie, waaraan bovendien niet de hierboven genoemde bezwaren zijn verbonden.⁷

Deze derde constructie houdt in dat tussen de verkoper en de koper een koopovereenkomst wordt gesloten en tevens een overdracht onder eigendomsvoorbehoud tot stand wordt gebracht. Vervolgens cedeert de verkoper de kooprijksvordering aan de derde en draagt hij tevens de voorbehouden eigendom aan hem over, terwijl de derde aan de verkoper een met de koopprijs corresponderend bedrag (eventueel onder aftrek van een risico-component) voldoet. De levering pleegt in een zodanig geval te geschieden door middel van een tweezijdige verklaring, die wordt medegedeeld aan de koper, die de zaak vervolgens voor de derde gaat houden (art. 3:115 aanhef en onder c BW). Noodzakelijk voor het welslagen van deze constructie is dat de betaling die de derde aan de verkoper verricht niet wordt beschouwd als de voldoening van de door de verkoper bedongen koopprijs, omdat daardoor de voorwaarde in vervulling zou gaan en de koper eigenaar zou worden.⁸ Dat kan geschieden doordat de betaling van de derde aan de verkoper niet wordt beschouwd als voldoening van de kooprijksvordering, maar als voldoening van de koopprijs voor de aankoop van de vordering en de voorbehouden eigendom.⁹ Met deze constructie wordt bewerkstelligd dat de verkoper verkrijgt waar het hem om te doen is (namelijk: de tegenwaarde van de zaak), maar wordt anderzijds bewerkstelligd dat de door de voorwaardelijke overdracht geschapen constructie in stand blijft, zodat de derde op de eigendom kan teruggrijpen als de koper in gebreke blijft met de betaling van de gecedeerde kooprijksvordering.

7 Zie ten aanzien van de toelaatbaarheid van de *sale-and-lease-back*-constructie evenwel nog hierna in voetnoot 88.

8 Reehuis 2013, nr. 112.

9 In de literatuur is men soms kritisch over deze verfijning, omdat zij nadelig kan uitwerken voor degene die niet op de hoogte is van de ‘nimiae subtilitates van ons zekerhedenrecht’. Zo bijv. A-G Hartkamp in punt 12 van diens conclusie voor HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 462 m.nt. W.M. Kleijn (*Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.*), Kortmann 1994, p. 749-751 en Bergervoet 2014, p. 299. Om die reden wordt ervoor gepleit soms ook bij betaling door een derde aan te nemen, dat de koper nog geen eigenaar wordt, namelijk als de vordering overgaat op deze derde. Zie daarover hierna in paragraaf 9.4. Hier past alvast de opmerking dat de omstandigheid dat partijen niet op de hoogte zijn van het feit dat het recht aan de door hen verrichte handeling een bepaald rechtsgevolg verbindt, geen reden kan zijn om dat rechtsgevolg dan maar niet te laten intreden. Iets anders is dat voorstelbaar is dat partijen zich weliswaar hebben uitgelaten in termen van ‘betaling van de door de koper verschuldigde koopprijs’, maar deze betaling in werkelijkheid geschiedde ten titel van cessie. Of dat het geval is, zal afhangen van uitleg van de gedragingen, waarbij in het bijzonder van belang kan zijn dat partijen tevens de voorbehouden eigendom hebben (willen) overdragen. Zie voor een dergelijk geval BGH 27 maart 2008, *NJW* 2008, 1803.

9.3 Voorbehouden eigendom als afhankelijk recht

Bij deze laatstgenoemde constructie kan men zich afvragen of de overdracht van de voorbehouden eigendom aan de derde noodzakelijk is, of dat dit recht – als een van de vordering afhankelijk recht – met de cessie van de koopprijsvordering van rechtswege overgaat op de derde.

In de Nederlandse literatuur wordt algemeen aangenomen dat de voorbehouden eigendom geen van de koopprijsvordering afhankelijk recht in de zin van artikel 3:7 BW is.¹⁰ Met de cessie van de koopprijsvordering gaat de voorbehouden eigendom dan ook niet zonder meer over. Daarvoor is een afzonderlijke overdracht vereist. Eveneens wordt aangenomen dat de voorbehouden eigendom geen nevenrecht als bedoeld in artikel 6:142 BW is.¹¹ Door de Hoge Raad is met betrekking tot de onder het oude recht voorkomende zekerheidseigendom geoordeeld dat dit eigendomsrecht geen afhankelijk karakter heeft.¹² Daaruit kan worden afgeleid dat hetzelfde *a fortiori* heeft te gelden voor de door de verkoper voorbehouden eigendom. In de meer recente literatuur wordt uitsluitend door Schoordijk verdedigd dat de voorbehouden eigendom een afhankelijk recht is, hetgeen hij met name lijkt te baseren op het vermeende zekerheidskarakter van het voorbehouden eigendomsrecht.¹³ In de Duitse literatuur en rechtspraak wordt er algemeen van uitgegaan dat de voorbehouden eigendom geen nevenrecht is en evenmin een accessoir karakter heeft.¹⁴ In de Oostenrijkse rechtspraak is door het OGH daarentegen meermaals geoordeeld dat de voorbehouden eigendom als nevenrecht van rechtswege overgaat op de cessionaris.¹⁵ Hoewel een deel van de literatuur deze benadering vanwege de wenselijkheid en het vermeende zekerheidskarakter volgt,¹⁶ wordt zij door een ander deel van de literatuur sterk bekritiseerd.¹⁷ Intussen lijkt de opvatting dat de voorbehouden

10 Korthals Altes 1933, p. 102, Van Dijk 1940, p. 75, Pitlo 1942, p. 328, Van Vrijberghe de Coningh 1943, p. 28, Mijnsen 1981, p. 648, Vriesendorp 1985a, p. 120, Mezas 1985, p. 19-23, Mijnsen 1991, p. 194-195, Snijders 1993, p. 164, Faber & Van Hees 1994, p. 194, Kortmann 1994, p. 748, Beuving 1996, p. 137, Verdaas 2008, p. 289, Wibier 2009, nr. 20, Biemans 2011, p. 281, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 49 en nr. 498, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 274, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 258, Reehuis 2013, nr. 23 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 533. Zie ook M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1241.

11 Mezas 1985, p. 23, Snijders 1992, p. 164, Kortmann 1994, p. 748, Beuving 1996, p. 137, Wibier 2009, nr. 20, Biemans 2011, p. 281-282, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 274, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 49 en nr. 498, Rongen 2012, p. 1297-1298, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 348, Reehuis 2013, nr. 23, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 258 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 533. Zie ook M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1241.

12 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 462 m.nt. W.M. Kleijn (*Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.*), rov. 3.3. Zie ook reeds HR 3 oktober 1980, *NJ* 1981, 60 m.nt. W.M. Kleijn (*Ontvanger/Schriks q.q.*).

13 Schoordijk 1959, p. 40, Schoordijk 1971, p. 470 (die echter in cirkels redeneert door het zekerheidskarakter af te leiden uit het accessoire karakter) en Schoordijk 1986, p. 14, voetnoot 36, p. 243-244 en p. 314 ook. Zo ook Zevenbergen 1938, p. 98-99 en Veenhoven 1955, p. 29-30.

14 Serick 1963, p. 216, Staudinger/Busche 2012, § 401 BGB, Rn. 38, Bülow 2012, p. 247 en MünchKomm-BGB/Roth & Kieninger 2016, § 401 BGB, Rn. 14. Zie uit de rechtspraak BGH 15 juni 1964, *NJW* 1964, 1788. Voor de kwalificatie van het voorbehouden eigendomsrecht als nevenrecht lijkt voorzichtig te worden gepleit door Staudinger/Beckmann 2014, § 449 BGB, Rn. 101, daarbij ten onrechte steun zoekend bij Rühl 1930, p. 82-83, die namelijk uitgaat van een afzonderlijke overdracht van de voorbehouden eigendom, zij het dat die volgens Rühl besloten kan liggen in de cessie van de vordering.

15 Zie bijv. OGH 31 januari 1962, zaaknr. 3Ob465/61 en OGH 22 januari 1986, zaaknr. 3Ob465/61. Zie voor verdere uitspraken Klang/Thöni 2011, § 1394 ABGB, Rn. 24, voetnoot 108.

16 Rummel/Gamerith 2002, § 1358 ABGB, Rn. 5, Rummel/Reischauer 2002, § 1422 ABGB, Rn. 21 en Schwimann & Kodek/ Faber 2016, § 1358 ABGB, Rn. 17.

17 Frotz 1970, p. 118-120 en p. 159-160, Klang/Bydinski 1978, § 1063 ABGB, p. 645-656, Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 8, Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 104, Rummel/Ertl 2002, § 1393 ABGB, Rn. 7 en Klang/Thöni 2011, § 1394 ABGB, Rn. 24.

eigendom geen nevenrecht is ook in de Oostenrijkse literatuur heersend, terwijl het OGH de juistheid van zijn rechtspraak inmiddels in het midden heeft gelaten.¹⁸

Om een veelheid van redenen kan niet worden aangenomen dat de voorbehouden eigendom een afhankelijk recht of nevenrecht is. In de eerste plaats verzet de aard van het eigendomsrecht zich ertegen dat het meest omvattende recht op een zaak (art. 5:1 BW) afhankelijk zou zijn van een ander recht (art. 3:7 BW).¹⁹ Afhankelijkheid impliceert een zekere mate van ondergeschiktheid van het desbetreffende recht aan een ander recht, hetgeen zich niet goed laat denken bij het meest omvattende recht.²⁰ Vergelijkbaars geldt voor de kwalificatie als nevenrecht. Ten tweede zou het afhankelijke karakter van het eigendomsrecht niet goed zijn te verenigen met het leveringsbeginsel, op grond waarvan voor de eigendomsoverdracht vereist is dat bepaalde leveringsformaliteiten worden nageleefd.²¹ In de derde plaats is niet voldaan aan de toepassingsvereisten van artikel 3:7 BW. Volgens dat artikel is van een afhankelijk recht sprake als het desbetreffende recht zodanig aan een ander recht is verbonden, dat het niet zonder dat recht kan bestaan. Een eigendomsrecht kan daarentegen wel degelijk bestaan zonder het bestaan van een koopprijsvordering. Dat geldt eveneens voor voorbehouden eigendom of eigendom onder ontbindende voorwaarde. Niet noodzakelijk is immers dat de voorwaarde bij een overdracht onder opschortende voorwaarde gevormd wordt door de voldoening van een bepaalde vordering. Dat de voldoening van de koopprijs een voorwaarde is voor eigendomsovergang, maakt niet dat het eigendomsrecht daardoor afhankelijk wordt van de koopprijsvordering. De verhouding tussen voorbehouden eigendom en de koopprijsvordering bij een eigendomsvoorbehoud is geen relatie van afhankelijkheid, maar berust op een contractuele vormgeving van de overdracht door middel van de voorwaarde.²² Omdat partijen de overdracht van de eigendom afhankelijk hebben gesteld van de voldoening van de verschuldigde tegenprestatie, wordt een situatie geschapen die trekken lijkt te vertonen van afhankelijkheid. Bij nadere beschouwing blijkt evenwel dat het verband tussen voorbehouden eigendom en koopprijsvordering uitsluitend berust op de omstandigheid dat partijen de wederzijdse contractuele verplichtingen via de opschortende voorwaarde verstrengeld hebben. Dat maakt evenwel niet dat het eigendomsrecht daardoor afhankelijk wordt van het bestaan van de vordering.

18 OGH 13 mei 1987, zaaknr. 10b543/87. Zie voor de bestempeling van deze opvatting als heersend Klang/Thöni 2011, § 1394 ABGB, Rn. 24 en Schwimann & Kodek/Heidinger 2016, § 1393 ABGB, Rn. 31.

19 M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1241, HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 462 m.nt. W.M. Kleijn (*Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.*), rov. 3.3, Kortmann 1994, p. 748, Faber & Van Hees 1994, p. 194 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 274.

20 Vgl. Frotz 1970, p. 118 en Medicus 1971, p. 497.

21 Daarop wordt met name de nadruk gelegd in de Oostenrijkse literatuur. Zie Frotz 1970, p. 118, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 648-656 en Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 8. Vgl. ook Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 227, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 498 en M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1241, alwaar wordt opgemerkt dat het uit het oogpunt van rechtszekerheid wenselijk is dat de gewone regels betreffende overdracht van toepassing zijn.

22 Zie over het ogenschijnlijke verband tussen afhankelijkheid en causaliteit hiervoor met verdere verwijzingen in hoofdstuk 8, paragraaf 8.4.5. Anders: Mijnsen 1981, p. 647-668 die afhankelijkheid en causaliteit via de voorwaardelijkheid over een kam lijkt te scheren. Terecht anders Snijders 1970, p. 31 die opmerkt dat de omstandigheid dat een recht in bepaalde opzicht met accessoriëit vergelijkbare trekken vertoont, niet inhoudt dat het recht accessoir is. Zie ook Biemans 2011, p. 281 die opmerkt dat voorwaardelijkheid geen afhankelijkheid is. Vgl. Medicus 1971, p. 503-504 die de voorwaardelijkheid van de zekerheidseigendom ziet als compensatie voor het gebrek aan accessoriëit.

Evenmin kan worden gezegd dat de eigendomsoverdracht afhankelijk is van het bestaan van de vordering.²³ De eigendomsoverdracht is afhankelijk gemaakt van de *voldoening* van de vordering. Gaat de vordering teniet door voldoening, dan gaat de eigendom over op de koper. Gaat de vordering daarentegen teniet doordat de verkoper overgaat tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, dan bewerkstelligt de verstrengeling van de wederzijdse verplichtingen juist dat de verkoper eigenaar blijft.²⁴ Tenietgaan van de koopprijsvordering leidt dan ook niet tot tenietgaan van het eigendomsrecht – zoals strikt genomen het geval zou moeten zijn bij afhankelijkheid – maar ofwel tot overgang van het eigendomsrecht op de koper,²⁵ ofwel tot definitief behoud van het eigendomsrecht door de verkoper. Het tenietgaan van de vordering heeft derhalve geen eenduidig rechtsgevolg.²⁶ Weliswaar gaat de eigendom over op de koper als de vordering door betaling tenietgaat, maar dat volgt niet uit het vermeende afhankelijke karakter, maar uit de omstandigheid dat de door partijen gestelde voorwaarde daarmee in vervulling gaat.²⁷

Een belangrijk argument tegen de kwalificatie van de voorbehouden eigendom als afhankelijk recht of nevenrecht is bovendien gelegen in de omstandigheid dat het voorbehouden eigendomsrecht niet in rechtstreekse relatie staat tot de koopprijsvordering en ook geen zekerheid biedt voor de voldoening van de koopprijsvordering.²⁸ De auteurs die aannemen dat het voorbehouden eigendomsrecht wel een afhankelijk recht is, lijken hun argumentatie met name te baseren op dit vermeende zekerheidskarakter.²⁹ In hoofdstuk 2 is echter betoogd dat het voorbehouden eigendomsrecht geen zekerheid biedt voor de voldoening van de koopprijsvordering, maar slechts de rechten van de verkoper bij ontbinding waarborgt. Indien men derhalve een vordering wil aanwijzen waarvoor het eigendomsvoorbehoud zekerheid biedt, is het niet de koopprijsvordering, maar de vordering tot ongedaanmaking na ontbinding.³⁰ In plaats van een persoonlijke vordering tot retro-overdracht heeft de verkoper die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen namelijk een goederenrechtelijke rechtsvordering, die hij ontleent aan zijn voorbehouden eigendomsrecht. Het eigendomsvoorbehoud verschaft de vordering van de verkoper bij ontbinding derhalve een goederenrechtelijk karakter. De verhouding tussen voorbehouden eigendom en koopprijsvordering is daarmee indirect, omdat zij loopt over de boeg van de ontbindingsregeling. Aangezien het voorbehouden eigendomsrecht voor de verkoper juist van waarde is op het moment dat de koopprijsvordering teniet gaat door uitoefening van het eigendomsvoorbehoud en de daarmee gepaard gaande

23 Zo echter Biemans 2011, p. 281.

24 Vgl. Vriesendorp 1985a, p. 120 en M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1241.

25 Vgl. Biemans 2011, p. 281.

26 Vgl. M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 389, Reehuis 2013, nr. 116 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 555.

27 Faber & Van Hees 1994, p. 195.

28 Vgl. Serick 1963, p. 216 die opmerkt dat de voorbehouden eigendom ook de *Rückforderungsanspruch* bij ontbinding verzekert. Zie ook Pitlo 1942, p. 328, Snijders 1970, p. 31, M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1241, Mijnsen 1991, p. 194-195, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 274 en Rongen 2012, p. 1297-1298.

29 Zie bijv. Schoordijk 1971, p. 470, Rummel/Gamerith 2002, § 1358 ABGB, Rn. 5 en Rummel/Reischauer 2002, § 1422 ABGB, Rn. 21.

30 Vgl. OGH 6 juli 1937, SZ 19/213, waarin wordt geoordeeld dat het eigendomsvoorbehoud geen zekerheid biedt voor de voldoening van de koopprijsvordering, maar de verkoper slechts zekerheid biedt voor de schade die ontstaat bij niet-nakoming.

ontbinding van de koopovereenkomst, kan ook om deze reden niet worden gezegd dat het voorbehouden eigendomsrecht afhankelijk is van de vordering. Door Bydlinski wordt treffend opgemerkt dat een ‘dingliches Recht, das seine Wirkung am stärksten bei Wegfall einer bestimmten Forderung zeigt, (...) auch im wirtschaftlichen Sinn kein “Nebenrecht” dieser Forderung, keine dieser Forderung bloß dienende Größe sein [kann].’³¹

9.4 Een bijzonder geval: eigendomsvoorbehoud en subrogatie

Een bijzonder geval waarin het eigendomsvoorbehoud een rol zou kunnen spelen voor een derde, is aan de orde wanneer een derde – bijvoorbeeld omdat hij zich borg heeft gesteld – de door de koper verschuldigde prestatie voldoet aan de verkoper en daardoor de vordering van de verkoper op de koper bij wijze van subrogatie (art. 6:150 BW) verkrijgt. Omstreden is welke gevolgen de betaling door de derde heeft voor de door de verkoper voorbehouden eigendom en de aan de overdracht verbonden voorwaarde. Een deel van de literatuur neemt aan dat de betaling door de derde niet tot gevolg heeft dat de voorwaarde in vervulling gaat.³² De voorbehouden eigendom gaat in deze opvatting vanwege het gebrek aan afhankelijkheid weliswaar niet van rechtswege over op de derde,³³ maar de verkoper kan de voorbehouden eigendom aan de derde overdragen. Voor deze opvatting valt steun te vinden in de parlementaire geschiedenis, waarin met zoveel woorden aan de orde komt dat de voorbehouden eigendom door de verkoper kan worden overgedragen aan degene die bij wijze van subrogatie de vordering heeft verkregen.³⁴ Een ander deel van de literatuur neemt daarentegen aan dat de betaling door de derde tot gevolg heeft dat de voorwaarde in vervulling gaat, omdat de verkoper daardoor bevredigd wordt.³⁵ De vervulling van de voorwaarde heeft vervolgens tot gevolg dat de koper de onvoorwaardelijke eigendom verkrijgt. Steun voor deze opvatting wordt geboden door het arrest *Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.*, waarin de Hoge Raad ten aanzien van de zekerheidsoverdracht oordeelde dat betaling door de derde die in de vordering wordt gesubrogeerd in beginsel tot gevolg heeft dat de ontbindende voorwaarde van voldoening van de schuld waarvoor de eigendom tot zekerheid is overgedragen, waaronder een

³¹ Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 652.

³² Zevenbergen 1938, p. 97-98, Van Vrijberghe de Coningh 1943, p. 28, Veenhoven 1955, p. 36-37, Kortmann 1994, p. 750-751, Faber & Van Hees 1994, p. 196, Bergervoet 2014, p. 299 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 555 (zij het iets terughoudender dan in de voorgaande druk). In deze richting ook Mijnsen 1991, p. 186 en Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 492.

³³ In die zin wel Zevenbergen 1938, p. 98-99.

³⁴ M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1241.

³⁵ Van Dijk 1940, p. 75, Vriesendorp 1985a, p. 118-119, Mezas 1985, p. 30, A-G Hartkamp in punt 6 van diens conclusie voor HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 463 (*Heidenreich/Alcredis*) en in punt 10 (terughoudender in punt 12) van diens conclusie voor HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 462 m.nt. W.M. Kleijn (*Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.*), punt 3 van de noot van W.M. Kleijn onder dit arrest, Snijders 1993, p. 166, Vriesendorp 1994, p. 293-294 en Schuijling 2017, p. 23. In die richting ook Reehuis 2013, nr. 112. In punt 13 van de noot van S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber onder HR 3 juni 2016, *JOR* 2016, 287 (*Rabobank/Reuser*) en punt 5 van de noot van N.E.D. Faber onder Rb. Noord-Nederland 12 oktober 2015, *JOR* 2016, 321 wordt verdedigd dat voldoening van de vordering door degene die een pandrecht op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft, tot gevolg heeft dat dit voorwaardelijk eigendomsrecht uitgroeit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht en dat de pandhouder in de voldane vordering wordt gesubrogeerd, waaruit lijkt te moeten worden afgeleid dat Faber en Kortmann op hun in voetnoot 32 genoemde standpunt zijn teruggekomen.

zekerheidsoverdracht in het algemeen placht plaats te vinden,³⁶ in vervulling gaat.³⁷ Als gevolg van de vervulling van de voorwaarde wordt de schuldenaar weer eigenaar van de tot zekerheid overgedragen zaak, zodat de zekerheidseigendom niet op de derde kan overgaan c.q. worden overgedragen. Een aanknopingspunt voor deze opvatting biedt ook een arrest uit 1942, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de borg na betaling aan de huurverkoper het verkopersprivilege van artikel 1185 sub 3° BW (oud) en artikel 1190 BW (oud) kan invoeren, omdat de zaak als gevolg van de betaling door de borg tot het vermogen van de koper behoort.³⁸

Het Duitse en Oostenrijkse recht zijn op dit punt eenduidiger. Zowel in rechtspraak als literatuur wordt algemeen aangenomen dat bijvoorbeeld betaling door een borg niet tot gevolg heeft dat de voorwaarde in vervulling gaat.³⁹ In de Duitse literatuur en rechtspraak wordt vervolgens aangenomen dat de voorbehouden eigendom bij gebrek aan accessoriëteit weliswaar niet van rechtswege overgaat op de borg, maar uit de rechtsverhouding tussen verkoper en borg desalniettemin in de regel zal voortvloeien dat de verkoper gehouden is de voorbehouden eigendom over te dragen aan de borg.⁴⁰ Vergelijkbaars wordt aangenomen door de Oostenrijkse auteurs die de opvatting verwerpen dat de voorbehouden eigendom een nevenrecht is dat de vordering volgt.⁴¹ Een ander deel van de literatuur neemt, in navolging van de rechtspraak aan dat de voorbehouden eigendom van rechtswege met de vordering overgaat op de derde die in de vordering wordt gesubrogeerd.⁴²

Naar mijn mening moet worden aangenomen dat betaling door de derde tot gevolg heeft dat de voorwaarde in vervulling gaat, als gevolg waarvan de koper onvoorwaardelijk eigenaar wordt van de verkochte zaak. De verkoper kan de voorbehouden eigendom dan ook niet meer overdragen aan de derde die de vordering bij wijze van subrogatie verkrijgt. Redengevend daarvoor acht ik de omstandigheid dat artikel 3:92 BW niet zozeer betekenis toekent aan door wie de betaling is verricht, maar enkel beslissend acht of de verkoper is bevredigd.⁴³ Uit lid 1 blijkt dat vermoed wordt dat de opschortende voorwaarde inhoudt dat de verschuldigde prestatie wordt voldaan. Daarvan is ook sprake als een derde de verschuldigde prestatie voldoet. Niet beslissend is of de vordering als

36 Zie HR 3 oktober 1980, *NJ* 1981, 60 m.nt. W.M. Kleijn (*Ontvanger/Schriks q.q.*), rov. 2.

37 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 462 m.nt. W.M. Kleijn (*Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.*), rov. 3.4.

38 HR 22 januari 1942, *NJ* 1942, 289 (*Kouman/Horsten q.q.*).

39 Zie voor Duitsland Serick 1963, p. 215-217 en p.427, BGH 15 juni 1964, *NJW* 1964, 1788, Staudinger/Horn 2012, § 774 BGB, Rn. 21 en MünchKomm-BGB/Habersack 2017, § 774 BGB, Rn. 10 en voor Oostenrijk OGH 31 januari 1962, zaaknr. 3Ob465/61, OGH 22 januari 1986, zaaknr. 3Ob1001/86 en Rummel/Gamerith 2002, § 1358 ABGB, Rn. 5 en Schwimann & Kodek/Faber 2016, § 1358 ABGB, Rn. 17. Voor het geval van betaling door een andere derde lijkt in Duitsland als uitgangspunt echter eveneens te worden aangenomen dat de voorwaarde in vervulling gaat. Zie BGH 5 mei 1971, *NJW* 1971, 1453, A. Wacke, 'Die nachträgliche Ablösung des Eigentumsvorbehalts durch ein Finanzierungsinstitut', *JuS* 1973, p. 683-685 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 22.

40 BGH 15 juni 1964, *NJW* 1964, 1788 en MünchKomm-BGB/Habersack 2013, § 774 BGB, Rn. 10

41 Frotz 1970, p. 159-160 en Klang/Bydlinksi 1978, § 1063 ABGB, p. 645-656. Afwijkend is de opvatting van Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 8 en Rummel/Aicher 2000, § 1063 ABGB, Rn. 104, die bij cessie van de vordering de overgang van rechtswege van de voorbehouden eigendom verwerpen, maar bij betaling door een derde wel uitgaan van overgang van rechtswege.

42 Zie bijv. OGH 31 januari 1962, zaaknr. 3Ob465/61 en OGH 22 januari 1986, zaaknr. 3Ob1001/86 (zie t.a.v. deze rechtspraak echter hiervoor in de hooftekst behorende bij voetnoot 18), Rummel/Gamerith 2002, § 1358 ABGB, Rn. 5, Rummel/Reischauer 2002, § 1422 ABGB, Rn. 21 en Schwimann & Kodek/Faber 2016, § 1358 ABGB, Rn. 17.

43 Zo ook Vriesendorp 1985a, p. 118-119.

gevolg van die voldoening ook tenietgaat; voor het vermoeden van artikel 3:92 BW staat enkel centraal of de verkoper wordt voldaan. Dat blijkt ook uit lid 3 van de bepaling, op grond waarvan de voorwaarde voor vervuld wordt gehouden als de vervreemder op enige andere wijze dan door voldoening van de verschuldigde tegenprestatie wordt bevredigd.⁴⁴

Deze benadering sluit bovendien aan met de hier verdedigde functie van het eigendomsvoorbehoud, zoals die in hoofdstuk 2 is uiteengezet.⁴⁵ De werking van de overdracht wordt opgeschort zodat de verkoper pas zijn contractuele verplichting tot eigendomsoverdracht nakomt als hij ook de daar tegenoverstaande prestatie verkrijgt. De verkoper verliest zijn eigendom pas als hij de door de koper verschuldigde prestatie verkrijgt. Daarmee waarborgt het eigendomsvoorbehoud de wederkerigheid van de beide contractuele prestaties en verschaft het de verkoper een opschortingsrecht. Zodra de verkoper door de betaling van de derde is voldaan, is er geen noodzaak meer voor hem om de eigendoms- overgang op te schorten. De wederkerigheidsband van de wederzijdse afhankelijkheid is doorbroken doordat de verkoper is bevredigd.⁴⁶ De wederkerigheidsband tussen verkoper en koper strekt zich in beginsel niet uit tot de jegens de derde verschuldigde prestatie.

Natuurlijk is denkbaar dat partijen de voorwaarde anders redigeren, in die zin dat de voorwaarde inhoudt dat de eigendom pas overgaat indien de koper de verschuldigde prestatie voldoet aan de verkoper of aan degene die in de vordering wordt gesubrogeerd, maar het standaard eigendomsvoorbehoud zoals neergelegd in artikel 3:92 BW dient niet aldus worden uitgelegd.⁴⁷ Enkel door een andersluidende, van artikel 3:92 lid 1 BW afwijkende vormgeving van de voorwaarde overeen te komen, verruimen partijen de wederkerigheidsband tussen de wederzijdse verplichtingen tot de verplichtingen van de koper jegens de derde. Een dergelijke afspraak komt niet in strijd met artikel 3:92 lid 2 BW, omdat de eigendom nog altijd wordt voorbehouden voor een vordering betreffende de tegenprestatie voor door de vervreemder aan de verkrijger krachtens overeenkomst te leveren zaak, zij het dat uitdrukkelijk rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat deze vordering ook kan overgaan op een derde.⁴⁸

De andersluidende opvatting in de Nederlandse literatuur en in Oostenrijk en Duitsland legt ten onrechte de nadruk op het vermeende zekerheidskarakter van het voorbehouden eigendomsrecht, dat zekerheid zou bieden voor de nakoming van de vordering die door subrogatie is overgegaan op de derde.⁴⁹ Daarbij wordt evenwel miskend dat de derde de voorbehouden eigendom niet verkrijgt omdat het voorbehouden eigendomsrecht geen zekerheid biedt voor de nakoming van de koopprijsvordering. Uitoefening van het eigendomsvoorbehoud is een remedie die kan worden benut indien nakoming uitblijft. De voorbehouden eigendom vervult – anders dan als pressiemiddel om tot nakoming over te gaan – geen

44 Vriesendorp 1994, p. 294.

45 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.5.

46 Vgl. ook Korthals Altes 1933, p. 103 die er de nadruk op legt dat het voorbehouden eigendomsrecht van de verkoper geen zekerheidsrecht is, maar 'de eigenlijke prestatie van den crediteur jegens den hoofdebiteur' vormt.

47 In deze richting ook Verstijlen 2015, art. 3:92 BW, aant. 46.3.

48 Vgl. Reehuis 2013, nr. 112.

49 Zo bijv. Veenhoven 1955, p. 36-39, Kortmann 1994, p. 751 en Rummel/Spielbüchler 2000, §§ 357-360 ABGB, Rn. 8.

functie om de nakoming te realiseren. Zoals in hoofdstuk 5 is betoogd, sluiten nakoming en uitoefening van het eigendomsvoorbehoud elkaar wederzijds uit.⁵⁰ Degene die in de vordering wordt gesubrogeerd, krijgt het recht om in plaats van de verkoper voldoening van de verschuldigde prestatie van de koper te vorderen. De rechten die de gesubrogeerde verkrijgt zijn derhalve gericht op nakoming, namelijk op voldoening van de overgegangene vordering. Het voorbehouden eigendomsrecht en de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud zijn daarentegen juist gericht op ongedaanmaking, wanneer nakoming niet plaatsvindt.⁵¹ Met een opvallende scherpte is dit reeds in 1933 verwoord door Korthals Altes ten aanzien van borgtocht bij huurkoop:

‘De schuldeiser bleef eigenaar van het in huurkoop gegeven object, totdat zijn vordering was voldaan. Maar hij zou zijn eigendom slechts kunnen terugvorderen ingeval van ontbinding van de huurkoopovereenkomst. De borg wordt dus daarom niet in den eigendom gesubrogeerd, omdat hij de ontbindingsactie niet verwerft: hij kan slechts nakoming vorderen, en dit sluit uitoefening der eigendomsrechten uit. Bovendien wordt door algeheele betaling de huurkoopovereenkomst afgevoerd, of nu de borg de laatste betaling doet of wel hij zelf.’⁵²

Het voorbehouden eigendomsrecht is met andere woorden geen crediteursrecht dat verbonden is aan de vordering,⁵³ omdat het voorbehouden van het eigendomsrecht door middel van het eigendomsvoorbehoud geen verband houdt met de nakoming, maar juist met de ongedaanmaking wanneer geen nakoming plaatsvindt. De gesubrogeerde verkrijgt echter uitsluitend de mogelijkheid om voldoening van de vordering te vorderen van de koper; de mogelijkheid om de koopovereenkomst te ontbinden heeft hij niet.⁵⁴

Om vergelijkbare redenen kan evenmin worden aangenomen dat de verkoper die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen eerst dient over te gaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, alvorens hij de borg kan aanspreken tot betaling.⁵⁵ Beide handelingen zijn immers gericht op een ander resultaat. De verkoper die zijn eigendomsvoorbehoud uitoefent, neemt genoeg met annulering van de koopovereenkomst met de koper, terwijl hij door de borg aan te spreken juist vasthoudt aan de nakoming van de overeenkomst (vgl. art. 7:850

⁵⁰ Zie hoofdstuk 5, paragraaf 5.7.

⁵¹ Vgl. Schürmann 1936, p. 131 die opmerkt ‘dat de borg uitsluitend gesubrogeerd wordt in de rechten van de schuldeiser, die hij heeft voldaan, dat is dus bij huurkoop in het recht van den verkoper op betaling niet echter in diens recht op terugnemning.’

⁵² Korthals Altes 1933, p. 102.

⁵³ Vgl. M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1241, waar – m.i. echter te voorzichtig (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.7) – wordt opgemerkt dat het voorbehouden eigendomsrecht kan dienen ter bescherming van belangen van de vervreemder bij de volledige eigendom, die naar hun aard niet voor uitoefening door elke andere schuldeiser vatbaar zijn.

⁵⁴ HR 11 december 1863, *W.* 2549. Anders: Pitlo/Wolffensperger & Frenkel 1979, p. 387.

⁵⁵ Vgl. Serick 1963, p. 215-216 en Bergervoet 2014, p. 165-166. Anders: A-G Hartkamp in punt 6 van diens conclusie voor HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 463 (*Heidenreich/Alcredis*) (in welke zaak het anders dan veelal wordt aangenomen niet ging om zekerheidseigendom, maar om voorbehouden eigendom), Snijders 1993, p. 165-166 en E. Koops, *Vormen van subsidiariteit* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 360 (die beiden in ieder geval van mening lijken te zijn dat soms een verplichting kan bestaan om eerst terug te grijpen op de voorbehouden eigendom), Staudinger/Horn 2012, § 772 BGB, Rn. 4 en MünchKomm-BGB/Habersack 2017, § 772 BGB, Rn. 5. Naar Oostenrijks recht heeft de borg – net als naar Nederlands recht voor zekerheidsrechten geldt – in beginsel überhaupt geen *Einrede der Sachhaftung*. Zie OGH 20 juni 1984, zaaknr. 7Ob575/84 en Schwimann & Kodek/Faber 2016, § 1360 ABGB, Rn. 1.

BW). De borg heeft zich verbonden tot nakoming van de op de koper rustende verplichting tot voldoening van de verschuldigde prestatie, terwijl de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud gericht is op ongedaanmaking. Door uitoefening van het eigendomsvoorbehoud zou de verkoper zelfs het recht kunnen verliezen om de borg aan te spreken tot nakoming, omdat uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in beginsel gepaard gaat met ontbinding van de koopovereenkomst en tenietgaan van de kooprijsvordering.⁵⁶

9.5 Overdracht van de voorbehouden eigendom en art. 3:84 lid 3 BW

Als de verkoper de zaak overdraagt aan de derde aan wie hij tevens de kooprijsvordering cedeert, kan men zich afvragen of aan een zodanige overdracht wel een rechtsgeldige titel ten grondslag ligt, omdat hier sprake zou kunnen zijn van een door artikel 3:84 lid 3 BW verboden zekerheidsoverdracht. In de literatuur wordt deze vraag echter vrijwel unaniem ontkennend beantwoord.⁵⁷ Volgens deze auteurs vormt artikel 3:84 lid 3 BW geen obstakel, omdat door de overdracht geen nieuwe zekerheidseigendom ontstaat, maar slechts een door de wet toegelaten vorm van zekerheidseigendom aan een ander wordt overgedragen.⁵⁸ Ook de wetgever gaat er in de parlementaire geschiedenis van uit dat de verkoper de voorbehouden eigendom zonder meer kan overdragen aan een derde.⁵⁹ Enkel Vriesendorp heeft de geldigheid van deze overdracht betwijfeld tegen de achtergrond van artikel 3:84 lid 3 BW, omdat het doel van een dergelijke overdracht ‘in wezen niets anders [is] dan de [derde] de voordelen van het eigendomsvoorbehoud te laten genieten.’⁶⁰ Naar aanleiding van de restrictieve interpretatie van artikel 3:84 lid 3 BW door de Hoge Raad in het *Sogelease*-arrest lijkt hij deze twijfels echter te hebben laten varen.⁶¹

In de hier verdedigde functie van het eigendomsvoorbehoud is de mogelijkheid van een overdracht van de voorbehouden eigendom niet evident. Aangezien geen sprake is van een door de wet toegelaten vorm van zekerheidseigendom, is de overdracht van de voorbehouden eigendom niet reeds om die reden toelaatbaar. Het eigendomsvoorbehoud is geen door de wet toegelaten uitzondering op

⁵⁶ Vgl. Staudinger/Horn 2012, § 772 BGB, Rn. 4 en MünchKomm-BGB/Habersack 2017, § 772 BGB, Rn. 5, die deze constatering echter beperken tot het geval van § 508 (2) S. 5 BGB, hetgeen – in het licht van de juistheid van de regel van § 449 (2) BGB – inconsequent is (zie ook voetnoot 76 van hoofdstuk 5), omdat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud ook buiten het toepassingsbereik van § 508 BGB gepaard dient te gaan met ontbinding. De reden voor deze inconsequentie moet ongetwijfeld worden gezocht tegen de achtergrond van de naar Duits recht algemeen aanvaarde mogelijkheid van uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door middel van executie. Zie voor bestrijding van die opvatting hoofdstuk 5, paragraaf 5.6.

⁵⁷ Mijnsen 1991, p. 185, Brahn 1991, p. 137-138, Kortmann 1994, p. 750, Faber & Van Hees 1994, p. 196, Beuving 1996, p. 138, Biemans 2011, p. 282, voetnoot 252, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 967a en nr. 977, Reehuis 2013, nr. 55 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 543.

⁵⁸ Brahn 1991, p. 137-138, Kortmann 1994, p. 750, Faber & Van Hees 1994, p. 196, Beuving 1996, p. 138, W.H.M. Reehuis, ‘Roerende zaken als zekerheid: Leven in de brouwerwijl!’, *GrOM* 1997, p. 42, voetnoot 57 en Reehuis 2013, nr. 55.

⁵⁹ M.v.A. I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1241.

⁶⁰ Vriesendorp 1994, p. 294. Zie ook de twijfels van O.K. Brahn, ‘Zakenrechtelijke gevechten om een puinbreekinstallatie’, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990, p. 95.

⁶¹ Zie punt 5 ad d van de noot van Vriesendorp onder HR 19 mei 1995, *AA* 1995, p. 872-879 op p. 879, voetnoot 16.

(de strekking van) het fiduciaverbod,⁶² omdat het voorbehouden eigendomsrecht geen als eigendomsrecht verhuld zekerheidsrecht is. Het verschaft de verkoper geen zekerheid voor de nakoming, maar bewerkstelligt slechts dat hij het voorwerp van zijn eigen prestatie behoudt totdat hij de tegenprestatie verkrijgt. De verkoper heeft belang bij behoud van de zaak zelf, omdat hij daarmee zijn rechten bij ontbinding van de koopovereenkomst veiligstelt.⁶³ Voor de derde, aan wie de verkoper de voorbehouden eigendom en de koopprijsvordering overdraagt, geldt dit alles niet. Hij heeft geen belang bij behoud van de zaak zelf, maar beoogt enkel het risico af te dekken voor het geval de koper in gebreke blijft met de voldoening van de verschuldigde prestatie. Het eigendomsvoorbehoud verandert daarmee ten dele van functie, doordat het voorbehouden eigendomsrecht uit de contractuele relatie tussen verkoper en koper wordt getild. De derde heeft geen belang bij behoud van de zaak, maar wil slechts kunnen terugrijpen op de waarde van de verkochte zaak indien de koper de koopprijs niet voldoet.⁶⁴ Het is de vraag of de derde hierdoor niet meer verkrijgt (eigendom) dan zijn belang (zekerheid) rechtvaardigt.

Op het eerste gezicht ligt het voor de hand deze vraag ontkennend te beantwoorden. Aan artikel 3:84 lid 3 BW moet immers worden getoetst in de verhouding tussen de vervreemder en de verkrijger. Het komt derhalve aan op de vraag of sprake is van een werkelijke overdracht van de verkoper aan de derde. In die verhouding heeft de overdracht geen zekerheidsmotief. Als de overdracht strekt tot financiering van de aanschaf van de zaak ten behoeve van de koper, wordt door partijen immers wel degelijk beoogd dat de zaak definitief het vermogen van de verkoper verlaat.⁶⁵ Dat ligt slechts anders in gevallen waarin de overdracht van de voorbehouden zou plaatsvinden in het kader van kredietverschaffing aan de verkoper, waarvoor partijen beogen het voorbehouden eigendomsrecht tot zekerheid over te dragen. In een dergelijk geval is dan ook sprake van een met artikel 3:84 lid 3 BW strijdige titel van overdracht.⁶⁶ Indien de kredietverschaffer van de verkoper zekerheid wil verkrijgen voor de terugbetaling van een verschaft krediet, dient hij een pandrecht te vestigen op de voorbehouden eigendom.⁶⁷

Vanwege het feit dat in geval van financiering van de koper in de relatie tussen verkoper en derde een definitieve overdracht is beoogd, ligt het voor de hand de strijdigheid van artikel 3:84 lid 3 BW te ontkennen. Toch bestaat er reden voor aarzeling. De overdracht strekt er weliswaar toe dat de zaak definitief het vermogen van de verkoper verlaat, maar – bij het normale verloop der dingen – is niet beoogd dat de zaak definitief in het vermogen van de derde valt. De omstandigheid dat de voorbehouden eigendom in de relatie tot de koper wel een zekerheidsmotief heeft, kan derhalve niet buiten beschouwing worden gelaten, omdat daardoor alsnog de strekking van artikel 3:84 lid 3 BW in het gedrang zou

62 Zo ook *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388. Anders bijv. Biemans 2011, p. 280, voetnoot 242 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 977 volgens wie sprake is van een uitzondering op (de strekking van) art. 3:84 lid 3 BW.

63 Zie uitgebreid hoofdstuk 2, paragraaf 2.7.

64 Vgl. Jacoby 2008, p. 1055.

65 Vgl. Snijders 1993, p. 164, Mezas 1994, p. 115, Kortmann 1994, p. 750, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 977 en Reehuis 2013, nr. 55.

66 Anders: Verdaas 2008, p. 289.

67 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 317.

kunnen komen. Artikel 3:84 lid 3 BW strekt er immers niet slechts toe een overdracht tot zekerheid te verbieden, maar beoogt met name de onwenselijke gevolgen van een dergelijke overdracht te voorkomen: het ontstaan van een oneigenlijke tussenfiguur, waarbij eigendom als zekerheid fungeert.⁶⁸

Illustratief voor deze problematiek is een uitvoerig onderbouwde uitspraak van het BGH uit 2008.⁶⁹ Het volgende was aan de orde. Een koper financierde de aanschaf van auto's met behulp van een tot het concern van de verkoper behorende bank. De verkoper had een eigendomsvoorbehoud bedongen en vervolgens de voorbehouden eigendom en de koopprijsvordering gecedeerd aan de financierende bank. Nadat de koper in staat van faillissement kwam te verkeren, kwam de vraag aan de orde of de financierende bank de onder eigendomsvoorbehoud overgedragen auto's kon opvorderen uit de faillissementsboedel. Een dergelijk *Aussonderungsrecht* komt toe aan degene die op grond van een goederenrechtelijk of persoonlijk recht geldend kan maken dat de verkochte zaak niet tot de faillissementsboedel behoort (§ 47 InsO). De verkoper onder eigendomsvoorbehoud heeft een dergelijk *Aussonderungsrecht*, omdat een onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaak nog niet tot de faillissementsboedel behoort.⁷⁰ In dit geval oordeelt het BGH evenwel dat de derde, aan wie de verkoper de voorbehouden eigendom had overgedragen, dit *Aussonderungsrecht* niet geldend kan maken. Hij heeft slechts het recht om met voorrang uit de opbrengst van de zaak te worden voldaan (zgn. *Absonderungsrecht*; § 51 InsO). Het BGH leidt dat af uit een functieverandering van het eigendomsvoorbehoud door overdracht aan de derde. Na de overdracht van de voorbehouden eigendom op de financierende bank is sprake van een 'Funktionsgleichheit mit einem Sicherungseigentum'. Terwijl de voorbehouden eigendom die de verkoper bedingt, zijn rechten veiligstelt bij ontbinding van de koopovereenkomst, verschiet het eigendomsvoorbehoud na de overdracht van kleur – aldus nog altijd het BGH – omdat het voorbehouden eigendomsrecht vanaf dat moment zekerheid biedt voor de voldoening van het door de financierende bank verschaft krediet. Principieel overweegt het BGH vervolgens dat een geldkredietgever zijn faillissementsrechtelijke positie niet kan verbeteren door zich tot zekerheid voor de voldoening van een vordering het zekerheidsmiddel van de leverancierskredietgever te verschaffen:

'Der Vorbehaltsverkäufer hat, falls der Käufer nicht sogleich zahlen kann, regelmäßig nur das vorbehaltene Eigentum als Sicherungsmittel. Aus diesem Grunde gilt er als besonders schutzbedürftig, und im Wesentlichen deshalb wird ihm ein Aussonderungsrecht und nicht bloß ein Absonderungsrecht zugebilligt. Demgegenüber hat der Geldkreditgeber ungleich mehr Sicherungsmöglichkeiten. So hätte sich die Kl. [de financierende bank; toevoeging EFV] beispielsweise auch durch ein Pfandrecht bzw. das Sicherungseigentum an den finanzierten Pkws sichern können. Auch will der Geldkreditgeber durch die Finanzierung des Erwerbs für den Händler regelmäßig nicht in den Warenkreislauf eingebunden werden (...). Er hat dem Schuldner keine Ware, sondern einen Kredit "verkauft". In ihrem Interesse zur Absicherung des Darlehensrückzahlungsanspruchs unterscheidet sich die Kl. in nichts von solchen Finanzierungsbanken, die den Erwerb einer Sache für den Käufer finanzieren und sich von diesem dessen Anwartschaft auf Erwerb des Eigentums

⁶⁸ Zie hierna in voetnoot 85 en de bijbehorende hoofdstekst.

⁶⁹ BGH 27 maart 2008, *NJW* 2008, 1803.

⁷⁰ MünchKomm-InsO/Ganter 2013, § 47 InsO, Rn. 62 en Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 25. Zie uitgebreid hiervoor in hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.2.

sicherungshalber übertragen lassen (...). In diesem Fall erhält der Geldkreditgeber mit der Befriedigung des Lieferanten Sicherungseigentum. Der Geldkreditgeber hat wegen seiner noch offenen Kreditforderung nur ein Absonderungsrecht.⁷¹

Tegen deze achtergrond kan de vraag worden gesteld of naar Nederlands recht geoordeeld zou moeten worden dat de overdracht van de voorbehouden eigendom in strijd komt met de strekking van artikel 3:84 lid 3 BW, doordat dit eigendomsrecht voor de derde slechts zekerheidsdoeleinden heeft.

Bij de beantwoording van die vraag komt het aan op de ratio die ten grondslag ligt aan de door artikel 3:84 lid 3 BW verboden overdracht tot zekerheid. De bepaling moet worden gezien tegen de achtergrond van Meijers' bezwaren tegen de zekerheidsoverdracht onder het oude recht.⁷² Hij achtte het onder meer problematisch dat de zekerheidsoverdracht met geen enkele vorm van publiciteit gepaard ging.⁷³ Vanwege dit gebrek aan publiciteit zou een schijn van kredietwaardigheid in het leven kunnen worden geroepen, waardoor de overige schuldeisers zouden kunnen worden misleid.⁷⁴ Bovendien had het gebrek aan publiciteit tot gevolg dat de zekerheidseigenaar zich door middel van een enkele overeenkomst een recht van voorrang kon verschaffen.⁷⁵ Daardoor kon de zekerheidsoverdracht eenvoudig aanleiding geven tot misbruik door middel van schijnakten.⁷⁶ Al deze op het gebrek aan publiciteit gebaseerde argumenten tegen de zekerheidsoverdracht hebben echter hun kracht verloren.⁷⁷ Uiteindelijk is weliswaar de zekerheidsoverdracht verboden, maar is niet overgegaan tot de invoering van een pandrecht dat met publiciteit gepaard gaat, omdat het door Meijers voorgestelde registerpandrecht op te veel weerstand stuitte.⁷⁸

Naast deze op het gebrek aan publiciteit gebaseerde argumenten, had Meijers nog om andere redenen moeite met de zekerheidsoverdracht. De zekerheidsoverdracht was een middel waarmee de dwingende wetbepalingen met betrekking tot het pandrecht konden worden omzeild.⁷⁹ Daarmee leidt de overdracht tot een oneigenlijke figuur: partijen willen in werkelijkheid slechts een zekerheidsrecht zonder gebonden te zijn aan de bepalingen voor pandrecht – in het bijzonder de eis dat de te verpanden zaak uit de macht van de schuldenaar werd gebracht (art. 1198 BW (oud)) – maar zijn genoodzaakt daarvoor hun toevlucht te nemen tot de overdracht van het meest omvattende recht. Daardoor verkrijgt de zekerheidseigenaar meer dan zijn belang rechtvaardigt: hij heeft behoefte aan een zekerheidsrecht, maar verkrijgt een eigendomsrecht. Het was met name

71 BGH 27 maart 2008, *NJW* 2008, 1803, rov. 36.

72 Zie uitvoerig Rongen 2012, p. 797-803.

73 Meijers 1908, p. 170-171, Meijers 1936, p. 272. Zie ook Handelingen II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 702.

74 Meijers 1936, p. 277-280.

75 Handelingen II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 703-704.

76 Meijers 1908, p. 170-171, Meijers 1936, p. 272 e.v. en Handelingen II (2846), *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 685 en p. 702-703.

77 M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1197: 'De gedachte dat het nieuwe wetboek zich zou moeten richten "tegen het heimelijke karakter van de fiduciaire overdracht" (...) is daarbij geheel prijsgeven, nu (...) pandrechten (...) zonder enige vorm van openbaarheid en zonder beperking worden toegelaten.'

78 Zie uitgebreid over dit aspect A.F. Salomons, 'De wetshistorische wortels van ons stille pandrecht', *AA* 2013, p. 319-325.

79 Meijers 1936, p. 267 en T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 317.

deze overstrekking van de rechtsmacht van de schuldeiser die Meijers problematisch achtte.⁸⁰ Deze bezwaren waren niet zozeer ingegeven door dogmatische zuiverheid – een eigendomsrecht is geen zekerheidsrecht – maar door het feit dat hierdoor de belangen van de schuldenaar en diens overige schuldeisers in het gedrang kwamen.⁸¹ Struycken heeft er terecht de nadruk op gelegd dat het Meijers in werkelijkheid daarmee niet zozeer om de overbedeling van de schuldeiser te doen was, maar met name om de onderbedeling van de schuldenaar.⁸² Omdat de zekerheidsverschaffing gepaard gaat met een overdracht van het eigendomsrecht, verliest de schuldenaar de volledige rechtsmacht ten aanzien van de zaak, terwijl hij nog steeds belang heeft bij de desbetreffende zaak.⁸³ Formeel wordt de zaak volledig uit het vermogen van de schuldenaar overgedragen, maar materieel behoort de zaak ook na de overdracht nog tot diens vermogen.⁸⁴ De in de waarde besloten zaak is door de volledige overdracht echter niet meer beschikbaar voor de schuldenaar en diens schuldeisers. Deze bezwaren deelde de wetgever.⁸⁵ Hij zag in het verbod van de zekerheidsoverdracht met name een middel waarmee kon worden belet dat de bescheiden bescherming die de wettelijke regeling van het pandrecht aan de schuldenaar en de diens overige schuldeisers biedt, illusoir zou kunnen worden gemaakt door een overdracht waarmee zekerheidsmotieven kunnen worden nagestreefd.⁸⁶ Daarmee fungeert artikel 3:84 lid 3 BW als slot op de deur van de wettelijke regeling.⁸⁷

Wanneer men bedenkt dat het verbod van zekerheidsoverdracht derhalve is ingegeven door de bescherming van de schuldenaar tegen onderbedeling, bestaan er geen bezwaren tegen de overdracht van de voorbehouden eigendom aan een derde. Voor de positie van de koper doet het er namelijk niet toe of het voorbehouden eigendomsrecht en de koopprijsvordering toebehoren aan de verkoper of aan een derde. Zijn positie is in beide gevallen hetzelfde. In zoverre is slechts sprake van een zeer bescheiden verandering. Nog altijd biedt het voorbehouden eigendomsrecht geen zekerheid voor de voldoening van de koopprijsvordering. De uitoefening van het eigendomsvoorbehoud dient namelijk ook

80 Vraagpunt, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 685: ‘Deze wijze van zekerheid geven heeft bovendien het bezwaar, dat daarbij de artikelen 1200 en vlg. B.W. niet toepasselijk zijn en dientengevolge de schuldeiser een te grote, bij het pandrecht niet toegelaten, macht verkrijgt.’

81 Zie Meijers 1948, p. 89-90 en p. 284-286. Zie ook Struycken 2007, p. 497-498 die terecht opmerkt dat de door Meijers aldaar geschetste bescherming van de schuldenaar naar het op dat moment geldende Nederlandse recht überhaupt (nog) niet uitgekristalliseerd was en kennelijk vooral op *wishful thinking* berustte.

82 Struycken 2007, p. 499 en p. 613. Zie ook Salomons 1994, p. 1262.

83 Vgl. Struycken 2007, p. 489 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 563.

84 Zie over deze ‘halfslachtigheid’ Meijers 1936, p. 271 en ook p. 268-269 alwaar hij spreekt van een ‘hoed met dubbelen bodem’ en p. 272, waar hij opmerkt dat de goederen ‘hun gewone economische functie ten aanzien van de schuldenaar blijven vervullen.’

85 Zie pregnant M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 388. Anders: Rongen 2012, p. 804-805 volgens wie het de wetgever vooral te doen was om ontduiking van de regels van pand te voorkomen en niet zozeer om de onderbedelingsproblematiek. Dat aspect kan evenwel niet los worden gezien van de onderbedelingsgedachte: ontduiking van de regels van pandrecht zou namelijk een onderbedeling tot gevolg hebben, omdat de pandregels juist tot bescherming van de pandgever strekken.

86 Vgl. V.V. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 723. Weliswaar werden onder het oude recht (sommige) regels van pand sinds HR 3 januari 1941, *NJ* 1941, 470 m.nt. P. Scholten (*Hazerswoude/Los*) analoog toegepast, maar nooit is geheel duidelijk geworden wat de reikwijdte was van deze analogie. Vgl. Snijders 1970, p. 30. Bovendien bood deze analoge toepassing geen antwoord op alle vraagstukken, zoals de vraag wat de positie van de schuldenaar was in geval van verhaal op het vermogen van de zekerheidseigenaar. Vgl. Struycken 2007, p. 497-498.

87 Vgl. Snijders 1990, p. 93.

na de overdracht nog steeds gepaard te gaan met ontbinding van de koopovereenkomst, als gevolg waarvan de koopprijsvordering tenietgaat. Zekerheid voor de voldoening van die vordering kan het voorbehouden eigendomsrecht dan ook niet bieden. Het eigendomsvoorbehoud blijft derhalve uitsluitend strekken tot waarborging van de ongedaanmaking bij ontbinding van de koopovereenkomst. Dat de overdracht kan leiden tot een overbedeling van de verkrijger van de voorbehouden eigendom, doet tegen deze achtergrond niet ter zake.⁸⁸ Vergelijkbaars geldt voor het Oostenrijkse recht. Het Oostenrijkse recht kent weliswaar geen volledig verbod van zekerheidsoverdracht, maar stelt daaraan wel dezelfde publiciteitseisen als aan de verpanding: de zaak moet uit de macht van de pandgever worden gebracht (§ 451 ABGB). Aldus wordt voorkomen dat door middel van een zekerheidsoverdracht de strekking van deze eis ongedaan zou worden gemaakt: bescherming van het kredietverkeer, doordat voorkomen wordt dat er een verkeerde voorstelling ontstaat ten aanzien van de kredietwaardigheid van de pandgever.⁸⁹ Het eigendomsvoorbehoud komt volgens de Oostenrijkse auteurs niet in strijd met deze strekking, omdat hiermee slechts de wederkerigheid van de beide prestaties wordt gewaarborgd, de zaak zonder de kredietverschaffing van de koper ook niet vatbaar zou zijn voor het verhaal door de

88 Deze overbedeling zou tot uitdrukking kunnen komen in het volgende. In hoofdstuk 5 is uiteengezet dat de verkoper die zijn eigendomsvoorbehoud uitoefent, geen overwaarde aan de koper hoeft af te dragen die het gevolg is van een tussentijdse waardestijging van de zaak. De verplichting van afdracht van 'overwaarde' is beperkt tot de restitutie van hetgeen reeds aanbetaald is, eventueel verrekend met schadevergoedingsvorderingen. Als gevolg van de overdracht van de voorbehouden eigendom, komt deze overwaarde bij uitoefening van het eigendomsvoorbehoud ook toe aan de derde, aan wie de voorbehouden eigendom is overgedragen. Vanuit een oogpunt van overbedeling en vanuit de strekking van het fiduciaverbod als sluitstuk van de wettelijke regeling van het pandrecht is dit ogenschijnlijk problematisch. Als de derde namelijk de aanschaf van de zaak niet zou financieren door een overdracht van de voorbehouden eigendom in combinatie met een cessie van de koopprijsvordering, maar door voldoening van de koopprijsvordering en vestiging van een pandrecht (al dan niet bij voorbaat) op de aan de koper toebehorende zaak, zou zijn positie anders zijn. Een bij de executie gerealiseerd overschot zou de pandhouder in dat geval aan de koper moeten afstaan (art. 3:253 BW). Toch is de omstandigheid dat de overwaarde bij overdracht van de voorbehouden eigendom aan de derde toekomt niet bezwaarlijk. De verplichting tot afdracht van art. 3:253 BW berust namelijk op de gedachte dat de waarde van de zaak aan de pandgever toekomt, voor zover zij niet strekt tot bevrediging van de vordering waarvoor de zaak is verpand, omdat de zaak en deze waarde behoort tot het vermogen van de pandhouder. Treffend komt deze gedachte tot uitdrukking in de Duitse vergelijkbare regel van § 1247 BGB, dat uitdrukking geeft aan het zaaksvervangingsbeginsel, zodat een bij de executie gerealiseerd surplus toekomt aan de pandgever, omdat het surplus ook afkomstig is uit zijn vermogen. Zie Staudinger/Wiegand 2009, § 1247 BGB, Rn. 1-4. Voor aanschaffinanciering overtuigt deze redenering niet. Vgl. ook Salomons 1994, p. 1262. In geval van een eigendomsvoorbehoud behoort de zaak immers nog niet tot het vermogen van de koper en valt niet goed te rechtvaardigen waarom de overwaarde van een zaak zou moeten toekomen aan degene die de desbetreffende zaak nog niet heeft kunnen verwerven. Zie ook Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 470 die opmerkt dat een verplichting tot executie en afdracht van overwaarde niet nodig is bij een pandrecht in het kader van aanschaffinanciering, omdat de desbetreffende zaak niet uit het vermogen van de pandgever afkomstig is. In zoverre is het ook niet problematisch dat dergelijke overwaarde toekomt aan de derde aan wie de voorbehouden eigendom wordt overgedragen. Tegen deze achtergrond ligt het wel voor de hand om aan de toelaatbaarheid van de *sale-and-lease-back*-constructie dezelfde voorwaarden te stellen als die voor het eigendomsvoorbehoud in het algemeen gelden. Zolang de *sale-and-lease-back*-transactie namelijk strekt tot financiering van de aanschaf van zaken, is de strekking van het fiduciaverbod niet in het geding, omdat de problematiek van onderbedeling van de schuldenaar niet speelt met betrekking tot de overwaarde. Wordt de *sale-and-lease-back*-constructie daarentegen gebruikt in het kader van gewone financiering, waarbij reeds aan de schuldenaar toebehorende zaken worden overgedragen aan de kredietverschaffer, dan leidt zij tot een onderbedeling van de schuldenaar en druist zij in tegen de bescherming die de wettelijke regeling van het pandrecht aan de schuldenaar biedt, omdat overwaarde aan de lessor als 'werkelijke eigenaar' toekomt. Vgl. punt 8 van de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 m.nt. W.M. Kleijn (*Keereweer q.q./Sogelease*), E.B. Rank-Berenschot, 'Art. 3:84 lid 3 verbiedt alleen overdracht ten titel van verhaal', *NTBR* 1995, p. 210, Struycken 1996, p. 344, i.h.b. voetnoot 35 en Rongen 2012, p. 831-833.

89 Schwimann & Kodek/Hinteregger 2012, § 451 ABGB, Rn. 2-3 en Klang/Wolkerstorfer 2016, § 451 ABGB, Rn. 2.

schuldeisers van de koper en de waarde van de zaak door de verkoper is bijgedragen en dus niet onttrokken wordt aan het vermogen van de koper, die voor de waarde van de zaak nog niet de (volledige) tegenprestatie heeft voldaan.⁹⁰ Aangezien aan deze argumenten niets verandert door de overdracht van de voorbehouden eigendom door de verkoper, bestaan er tegen de achtergrond van de publiciteitseis voor zekerheidsoverdracht geen bezwaren tegen een zodanige overdracht.⁹¹

Hoe moet de hiervoor besproken Duitse uitspraak uit 2008 in dit verband worden gezien? Zij hangt samen met de reden van de keuze van de Duitse wetgever voor het toekennen van een *Aussonderungsrecht* aan de verkoper. Daaraan ligt ten grondslag dat verkopers bijzonder beschermenswaardig zijn, wanneer zij de verkochte zaak reeds aan de verkoper overhandigen, voordat ze de daartegenover staande prestatie hebben ontvangen.⁹² Bij deze achtergrond heeft het BGH, wat men verder van die argumentatie ook kan vinden,⁹³ aansluiting gezocht.⁹⁴ Uit de uitspraak blijkt dat het BGH wil voorkomen dat de regeling die specifiek strekt tot bescherming van verkopers op krediet, wordt benut door anderen, die aanspraak willen maken op het gunstiger regime van het *Aussonderungsrecht* ten opzichte van het *Absonderungsrecht*. Anders zou de bewuste keuze van de wetgever om bijvoorbeeld zekerheidseigendom te onderwerpen aan de regels voor *Absonderungsrechte* – waaronder in het bijzonder de regels met betrekking tot een kostenbijdrage – kunnen worden ondergraven doordat een geldkredietgever zich de voorbehouden eigendom laat overdragen en vervolgens bedingt dat de eigendom strekt tot zekerheid van de voldoening van andere vorderingen, zoals de terugbetaling van een krediet.⁹⁵ Dit laatste was aan de orde in de uitspraak van het BGH. In dat geval strekte de overdracht van de auto's ertoe de kredietverschaffende bank zekerheid te verschaffen voor de terugbetaling van een verschaft krediet en niet voor de koopprijsvordering.⁹⁶ Daardoor onderging het voorbehouden eigendomsrecht een verandering van functie. Voor de overdracht strekte het voorbehouden van het eigendomsrecht ertoe de rechten van de verkoper bij ontbinding van de koopovereenkomst veilig te stellen; nadien strekte de voorbehouden eigendom er blijkens de kredietdocumentatie toe zekerheid te bieden voor een krediet. Met deze constructie lijkt dan ook vooral te zijn beoogd dat de zaak het vermogen van de koper niet zou passeren.⁹⁷ Per saldo ging het derhalve om een soort 'derdenzekerheidsoverdracht',⁹⁸ waarbij de verkoper de voorbehouden eigendom overdroeg aan de bank. Deze voorbehouden eigendom werd vervolgens zekerheidseigendom

90 Zie uitgebreid hiervoor in hoofdstuk 2, paragraaf 2.5 en hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.1.

91 Vgl. Frotz 1970, p. 201 en Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 465, i.h.b. voetnoot 288.

92 Zie hiervoor in hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.2.

93 Zie hiervoor in hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.2 en Serick 1993, p. 267 die terecht opmerkt dat deze op praktische overwegingen gebaseerde keuze in werkelijkheid noodzakelijkerwijs volgt uit de functie van het eigendomsvoorbehoud. Zie voorts kritisch t.a.v. de argumentatie van het BGH op dit punt Smid 2008, p. 2094, Prütting 2009, p. 434 en Brinkmann 2011, p. 197.

94 BGH 27 maart 2008, *NJW* 2008, 1803, rov. 24 en rov. 36. Zie ook BGH 8 mei 2014, *NJW* 2014, 2358, rov. 15, waarin het BGH zijn uitspraak uit 2008 nog eens samenvat en opmerkt dat hij aansluiting heeft gezocht bij dit 'restriktiven Verständnis des Aussonderungsrecht und diesem Gesetzeszweck.'

95 Zie voor dit potentiële misbruikaspect ook Roth 2008, p. 533-534.

96 Zie BGH 27 maart 2008, *NJW* 2008, 1803, rov. 35, waarin het BGH opmerkt dat de bank in feite helemaal niet geïnteresseerd was in de koopprijsvordering, maar vooral de voorbehouden eigendom wilde verkrijgen.

97 Roth 2008, p. 528. Vgl. ook Uhlenbruck/Brinkmann 2015, § 47 InsO, Rn. 24 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 47.

98 Zo ook uitdrukkelijk BGH 27 maart 2008, *NJW* 2008, 1803, rov. 37. Zie voor een vergelijkbaar geval reeds BGH 4 juni 1969, VIII ZR 163/67.

omdat de eigendom vanaf dat moment slechts tot zekerheid strekte voor de terugbetaling van het verschaft krediet.⁹⁹ Het zekerheidskarakter van deze overdracht werd bovendien met zoveel worden bevestigd door de tussen derde en koper tot stand gekomen kredietdocumentatie.¹⁰⁰ Tot de verschaffing van een dergelijk derdenzekerheidsrecht wilde de verkoper overgaan, omdat hij door de bank werd voldaan.

De uitspraak heeft daarmee slechts een beperkte reikwijdte.¹⁰¹ Zij strekt ertoe een oneigenlijk gebruik van de mogelijkheid van overdracht van de voorbehouden eigendom aan banden te leggen, door het voorbehouden eigendomsrecht in faillissement af te waarden tot zekerheidseigendom, wanneer de overdracht ertoe strekt het voorbehouden eigendomsrecht tot zekerheid te laten strekken voor andere vorderingen.¹⁰² Naar Nederlands recht verzet artikel 3:92 lid 2 BW zich tegen een zodanige constructie. Dat deze uitspraak slechts deze beperkte reikwijdte heeft en niet in het algemeen verhindert dat de verkoper de voorbehouden eigendom overdraagt aan een derde zonder dat daarmee een functieverandering plaatsvindt, blijkt uit een uitspraak uit 2014 van dezelfde senaat.¹⁰³ In dat geval had een verkoper eveneens auto's overgedragen onder eigendomsvoorbehoud, maar had hij de voorbehouden eigendom en de koop-prijsvordering overgedragen in het kader van een factoringovereenkomst. Aan de orde was de vraag of de factor in faillissement van de koper de zaak kon opvorderen door een *Aussonderungsrecht* geldend te maken of slechts recht had op *abgesonderte Befriedigung*. Het BGH oordeelt dat aan de factor een *Aussonderungsrecht* toekomt, zodat hij het eigendomsvoorbehoud kan uitoefenen door de zaken op te vorderen van de curator van de koper. Redengevend daarvoor was dat in dit geval, anders dan in het geval uit 2008, het eigendomsvoorbehoud niet van functie veranderde, omdat het niet tot zekerheid werd overgedragen.¹⁰⁴ Ook na de overdracht strekte de voorbehouden eigendom er nog altijd toe de rechten bij niet-betaling door de koper veilig te stellen, door bij ontbinding de zaken te kunnen opvorderen.¹⁰⁵ Uit de uitspraak kan daarmee worden afgeleid dat zolang het eigendomsvoorbehoud ook in handen van de derde dezelfde belangen waarborgt en er dus vanuit het perspectief van de koper niets verandert, er geen reden is om de eigenaar een beroep op een *Aussonderungsrecht* te ontzeggen. Zo bezien sluiten zowel de uitspraak uit 2008 en 2014 aan bij hetgeen hiervoor ten aanzien van het Nederlandse recht is betoogd:

99 Smid 2008, p. 2092, Prütting 2009, p. 433, MünchKomm-BGB/Oechsler 2016, Anh. zu § 929-936 BGB, Rn. 55, Mitlehner 2016, p. 10-11, voetnoot 21 en p. 56-57 en KPB/Tintelnot 2016, § 107 InsO, Rn. 63.

100 Jacoby 2008, p. 1056 en Smid 2008, p. 2094.

101 Jacoby 2008, p. 1056 en Smid 2008, p. 2094.

102 Per saldo was dat aan de orde in het desbetreffende geval. In feite beoogde de financier door middel van overdracht van de voorbehouden eigendom een door de wet verboden *Konzernvorbehalt* (§ 449 (3) BGB), waarbij de eigendom wordt voorbehouden voor vorderingen van een tot het concern van de verkoper behorende vennootschap, alsnog geldigheid te verschaffen. Vgl. Smid 2008, p. 2092. Zie ook Prütting 2009, p. 433.

103 BGH 8 mei 2014, *NJW* 2014, 2358. Zie reeds Jacoby 2008, p. 1055-1056.

104 BGH 8 mei 2014, *NJW* 2014, 2358, rov. 16-17.

105 BGH 8 mei 2014, *NJW* 2014, 2358, rov. 16-18.

aangezien de positie van de koper door de overdracht van de voorbehouden eigendom niet verandert en bovendien het eigendomsvoorbehoud nog altijd strekt tot waarborging van de rechten van de eigenaar bij ontbinding, bestaat er geen strijd met artikel 3:84 lid 3 BW, wanneer de verkoper de voorbehouden eigendom aan een derde overdraagt.

9.6 Positie van de koper na overdracht voorbehouden eigendom

Als de verkoper de voorbehouden eigendom overdraagt aan een derde, rijst de vraag wat voor gevolgen deze overdracht heeft voor de positie van de koper. Kan hij zijn recht om de zaak onder zich te hebben geldend maken tegen de verkrijger van de voorbehouden eigendom of moet hij de zaak gedurende de periode van onzekerheid afstaan aan de eigenaar onder ontbindende voorwaarde? Voor deze problematiek bestaat in de Nederlandse literatuur opvallend weinig aandacht.¹⁰⁶ Veelal wordt volstaan met de constatering dat de derde door de overdracht van de voorbehouden eigendom als gevolg van de *nemo-plus*-regel slechts een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde verkrijgt en dat de koper ondanks de overdracht aan de derde nog altijd door voldoening van de verschuldigde prestatie eigenaar kan worden van de verkochte zaak.¹⁰⁷ In hoofdstuk 8 is verdedigd dat dit inderdaad volgt uit de systematiek van de voorwaardelijke beschikking, omdat de voorwaardelijke beschikking leidt tot een beperking van het eigendomsrecht van de verkoper, doordat een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ten gunste van de koper wordt afgesplitst.¹⁰⁸

De vraag of de koper zijn gebruiksrecht van de zaak ook kan tegenwerpen aan de verkrijger van de eigendom onder ontbindende voorwaarde is daarmee echter nog niet beantwoord. Aan het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde komt als uitgangspunt immers nog geen werking toe. Aldus zou geredeneerd kunnen worden dat de eigenaar onder ontbindende voorwaarde het gebruiksrecht van de koper niet hoeft te respecteren gedurende de periode van onzekerheid, omdat het gebruiksrecht slechts een basis heeft in de tussen verkoper en koper gesloten overeenkomst, waaraan de derde niet is gebonden.¹⁰⁹ Het Duitse recht regelt deze problematiek uitdrukkelijk in § 986 BGB, waarin in het tweede lid is bepaald dat – kort gezegd – degene die de feitelijke macht heeft over de zaak na een overdracht van de zaak overeenkomstig § 931 BGB door middel van een cessie van de *Herausgabeanspruch* tegen de nieuwe eigenaar de verweermiddelen geldend kan maken die hij ook jegens de vervreemder geldend kon maken.

¹⁰⁶ De problematiek komt aan de orde bij Mezas 1985, p. 32-39 en Van der Lelij 1996, p. 54-56.

¹⁰⁷ Zo bijv. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 239, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 497 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 542-544.

¹⁰⁸ Zie nader hoofdstuk 8, paragraaf 8.2.5.

¹⁰⁹ Anders: Mezas 1985, p. 36-37 die uit het vermeende zekerheidskarakter van de voorbehouden eigendom afleidt dat de derdeverkrijger slechts zekerheidseigendom verkrijgt, dus zonder de genotsbevoegdheden die aan eigendom normaliter verbonden zijn. In die richting ook Vriesendorp 1985a, p. 52-53 en Verstijlen 2007, p. 828. Vgl. ook Schoordijk 1959, p. 1.

De koper onder eigendomsvoorbehoud kan op grond van deze bepaling het op de koopovereenkomst gebaseerde *Recht zum Besitz* met andere woorden geldend maken tegen de verkrijger van de voorbehouden eigendom, zolang hij dit recht op grond van de koopovereenkomst heeft.¹¹⁰

In het Oostenrijkse recht ontbreekt – net als in Nederland – een soortgelijke bepaling, hetgeen niet verwondert wanneer men bedenkt dat de mogelijkheid van levering van zaken die zich onder een derde bevinden door middel van *Besitzanweisung* buitenwettelijk tot ontwikkeling is gekomen. Uit de techniek van die leveringswijze wordt in navolging van Bydlinski in de literatuur en rechtspraak desalniettemin afgeleid dat de levering door middel van *Besitzanweisung* niet kan leiden tot een verslechtering van de positie van degene die de zaak onder zich heeft.¹¹¹ Daarbij wordt de volgende redenering gehanteerd.¹¹² De houder van de zaak houdt de zaak voor de eigenaar, op grond van de overeenkomst waarop het gebruiksrecht van de houder is gebaseerd. Op grond van die rechtsverhouding is de houder verplicht de instructies van de eigenaar op te volgen, maar daaruit volgt tevens dat de houder de instructies slechts behoeft op te volgen voor zover deze in overeenstemming zijn met die rechtsverhouding. Als de houder vervolgens wordt geïnstrueerd de zaak voor een ander te gaan houden, dan impliceert dat de eerbiediging van het gebruiksrecht van de houder. Dit resultaat wordt bereikt over de boeg van de wil van de houder. Aangezien het bezit van de vervreemder berust op de omstandigheid dat de houder de zaak voor hem houdt en hij dit bezit slechts aan een ander kan verschaffen doordat de houder de zaak voortaan voor de verkrijger wil houden, speelt de wil van de houder een prominente rol. Daaruit volgt de eerbiediging van de rechten van de houder in de Oostenrijkse rechtsleer. De wil van de houder om de zaak voortaan voor de verkrijger te gaan houden zal logischerwijs namelijk niet verder strekken dan onder eerbiediging van zijn eigen rechten. Aldus kan een levering door middel van *Besitzanweisung* geen afbreuk doen aan de rechten van de houder.

Deze benadering herinnert sterk aan de onder het oude recht wel verdedigde opvatting, dat de rechtsgevolgen van de levering *longa manu* werden begrensd door de wil van de houder om voor de verkrijger te gaan houden.¹¹³ Door Meijers wordt het als volgt verwoord:

‘[V]an een lichamelijke zaak, die door een derde voor den eigenaar gehouden wordt, is eigendomsoverdracht alleen mogelijk wanneer men aanneemt, dat deze derde de zaak onder zich heeft voor dengene, die hem haar toevertrouwd heeft en diens rechtsopvolgers. (...) Men kan dezen derden echter niet verder den wil toedichten om de zaak ook voor rechtsopvolgers te houden, dan met instandhouding van zijn contracutele rechten.’¹¹⁴

110 Staudinger/Gursky 2012, § 986 BGB, Rn. 13, MünchKomm-BGB/Baldus 2016, § 986 BGB, Rn. 15 en MünchKomm-BGB/Westermann 2016, § 449 BGB, Rn. 29.

111 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 663-665, Rummel/Spielbüchler 2000, § 428 ABGB, Rn. 4 en Schwimann & Kodek/Klicka & Reidinger 2012, § 428 ABGB, Rn. 12. Vgl. ook Klang/Leupold 2012, § 358 ABGB, Rn. 52. Zie uit de rechtspraak bijv. OGH 13 mei 1987, zaaknr. 1Ob543/87.

112 Zie uitgebreid Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 656-667, i.h.b. p. 663-665.

113 Meijers 1936, p. 262-263, Scheltema 1938, p. 406, Pitlo 1951, p. 84-85 en Veenhoven 1955, p. 18. Zie aldus ook voor het retentierecht Asser/Scholten 1945, p. 558.

114 E.M. Meijers in diens noot onder HR 16 maart 1933, NJ 1933, p. 790 (*Dordrechtse Autogarage*).

Uiteindelijk heeft deze mening zich echter niet kunnen doorzetten.¹¹⁵ Tegenwoordig wordt algemeen aangenomen dat de rol van de houder bij de levering *longa manu* lijdelijk is en aan zijn wil geen beslissende betekenis toekomt.¹¹⁶ Deze lijdelijkheid ligt ook besloten in artikel 3:115 aanhef en onder c BW, waaruit blijkt dat voldoende is dat de overdracht van het bezit aan de houder wordt medegedeeld. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat Meijers zijn visie heeft herzien ten gunste van de heersende leer.¹¹⁷

Sinds het uitgangspunt is dat de rol van de houder bij de levering *longa manu* lijdelijk is, wordt voor de vraag of de houder zijn rechten kan tegenwerpen aan de verkrijger beslissende betekenis toegekend aan de aard van de rechtsverhouding waarop de houder zijn houderschap baseert.¹¹⁸ Indien die rechtsverhouding haar grondslag heeft in een goederenrechtelijk recht, dan kan de houder zijn gebruiksrecht tegenwerpen aan de verkrijger. Heeft het recht om de zaak onder zich te hebben daarentegen een contractuele grondslag, dan kan de houder dit recht in beginsel niet tegenwerpen aan de verkrijger, die niet aan de overeenkomst tussen vervreemder en houder is gebonden. Uitzonderingen kunnen gelden op grond van bijzondere wetsbepalingen, zoals artikel 7:226 BW. Een andere bijzondere wetsbepaling is artikel 7:88 BW, dat teruggaat op artikel 1576I lid 2 BW (oud) en waarin is neergelegd dat vervreemding van een krachtens een overeenkomst van goederenkrediet afgeleverde zaak niet ten nadele van de kredietnemer werkt. De wetgever van 1936 zag daarin de noodzakelijke bescherming van de huurkoper, omdat het ‘recht van den huurkoop ten aanzien van de hem afgestane zaak (...) uitsluitend [wordt] beheerscht door de overeenkomst met den verkooper.’¹¹⁹ De wetgever benaderde het gebruiksrecht van de huurkoper derhalve als zuiver contractueel. Voor de koper onder eigendomsvoorbehoud die buiten de beschermingsreikwijdte van artikel 7:88 BW valt, lijkt daarmee de conclusie dat zijn contractuele gebruiksrecht niet tegenwerpbaar is aan de verkrijger van de voorbehouden eigendom.¹²⁰

Toch is dat mijns inziens niet het geval. In ieder geval vanaf de invoering van het nieuwe vermogensrecht in 1992 heeft de koper niet enkel een contractueel gebruiksrecht, maar kan hij zijn gebruiksrecht rechtstreeks ontleen aan zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde.¹²¹ In hoofdstuk 8 is op grond van de bij de koopovereenkomst betrokken belangen betoogd dat de eigenaar onder opschortende voorwaarde een gebruiksrecht heeft, zolang de tussen verkoper en koper gesloten koopovereenkomst bestaat. De koper heeft bovendien een aan de eigenaar onder ontbindende voorwaarde tegenwerpbaar gebruiksrecht in het

115 Zie over deze problematiek met name Drion 1942, p. 134-137, Van der Lelij 1996, p. 38 e.v. en Rank-Berenschot 2012, p. 67-68.

116 Rank-Berenschot 2012, p. 67-68 en p. 70-71 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 238.

117 Aldus Van der Lelij 1996, p. 47-49.

118 Drion 1942, p. 134-137, Van der Lelij 1996, p. 53-62, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 239, Rank-Berenschot 2012, p. 71 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 322.

119 M.v.T., *Kamerstukken II* 1933/34, 431, 3, p. 11.

120 Een analogische toepassing wordt evenwel bepleit door Vriesendorp 1985a, p. 53.

121 In deze richting ook Rank-Berenschot 1992, p. 230, Van der Lelij 1996, p. 55 en Scheltema 2017, p. 100-101. Vgl. ook Kortmann 1996, p. 189 die het gebruiksrecht als obligatoir beschouwt, maar niettemin een zekere derdenwerking lijkt te willen aanvaarden.

geval dat de verkoper als beschikkingsonbevoegde onder opschortende voorwaarde over de zaak heeft beschikt. Vergelijkbaars dient dan te gelden in de in deze paragraaf aan de orde zijnde situatie. Als het gebruiksrecht van de koper namelijk tegenwerpbaar is aan de eigenaar over wiens recht de verkoper als beschikkingsonbevoegde onder eigendomsvoorbehoud heeft beschikt en het gebruiksrecht van de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde zelfs tegenwerpbaar is aan de verkoper als de koper in strijd met een daartoe strekkend verbod zijn voorwaardelijk eigendomsrecht heeft overgedragen door de zaak uit handen te geven, moet vergelijkbaars *a fortiori* gelden voor de rechtsopvolger van de verkoper-eigenaar, die bovendien bekend is met de omstandigheid dat de zaak zich bij een derde bevindt. Voor een nadere onderbouwing van het goederenrechtelijk karakter van het gebruiksrecht van de koper en diens rechtsopvolgers gedurende de periode van onzekerheid wordt verwezen naar hoofdstuk 8, paragraaf 8.9.5.

9.7 Uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door de cessionaris

Aangezien de koper zijn gebruiksrecht ten aanzien van de zaak kan tegenwerpen aan de verkrijger van de voorbehouden eigendom, kan de verkrijger de zaak niet opvorderen van de koper, zolang hij zijn gebruiksrecht kan ontleen aan zijn eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Alvorens de derde het eigendomsvoorbehoud kan uitoefenen, zal hij het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde – en daarmee het gebruiksrecht van de koper – ten val moeten brengen. Een noodzakelijke voorwaarde voor uitoefening van het eigendomsvoorbehoud is namelijk dat het recht van de koper om de zaak onder zich te hebben en te gebruiken is geëindigd. Pas vanaf dat moment kan gezegd worden dat de koper de zaak zonder recht houdt, zodat de derde de zaak als eigenaar van hem kan opvorderen ex artikel 5:2 BW.

Het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde komt, vanwege het causale karakter van dit recht, tot een einde door ontbinding van de koopovereenkomst. Als gevolg van de ontbinding wordt vervulling van de voorwaarde namelijk onmogelijk, waardoor het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde vervalt. Ook na overdracht van de voorbehouden eigendom aan een derde is de ontbinding van de koopovereenkomst daarmee een noodzakelijke voorwaarde voor uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Dit strookt met de bevindingen in hoofdstuk 5 met betrekking tot de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in de tweepartijenrelatie tussen verkoper en koper en volgt bovendien uit de functie van het eigendomsvoorbehoud: uitoefening van het eigendomsvoorbehoud strekt ertoe de rechten van de verkoper (of diens rechtsopvolger) bij ontbinding veilig te stellen en is dan ook slechts mogelijk in samenhang met ontbinding van de koopovereenkomst. Nakoming van de koopovereenkomst en behoud van het voorbehouden eigendomsrecht sluiten elkaar uit.

Problematisch is in dit verband dat de derde die de voorbehouden eigendom heeft verkregen, geen partij is bij de tussen verkoper en gesloten koopovereenkomst, die moet worden ontbonden zodat de derde het eigendomsvoorbehoud kan uitoefenen. Hij zal gewoonlijk enkel de voorbehouden eigendom en de koop-prijsvordering hebben verkregen, zonder dat de rechtsverhouding van de verkoper met de koper op de derde is overgegaan door middel van contractsoverneming (art. 6:159 BW).¹²² In het geval dat de verkoper contractspartij blijft van de koper, kan hij ook na de overdracht van de voorbehouden eigendom nog overgaan tot ontbinding van de koopovereenkomst, indien de koper tekortschiet in de nakoming van de koopovereenkomst. De verkrijger van de voorbehouden eigendom kan zich derhalve tot de verkoper wenden om hem aan te sporen de koopovereenkomst te ontbinden. Ook denkbaar is dat de verkoper de verkrijger in het kader van de overdracht van de voorbehouden eigendom machtigt om over te gaan tot ontbinding van de koopovereenkomst, zodat de verkrijger zelfstandig in staat is om tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud over te gaan.

In de literatuur wordt daarentegen dikwijls aangenomen dat het voor de vraag of een wederpartij (in dit geval: de verkoper) na cessie van een uit de koopovereenkomst voortspruitende vordering nog tot ontbinding kan overgaan, beslissend is of jegens hem – ondanks de cessie – nog sprake is van een tekortkoming de nakoming.¹²³ Per saldo komt deze opvatting erop neer dat wanneer uit de overeenkomst één vordering voortspruit en deze vordering door de schuldeiser wordt gecedeerd aan een ander, de overeenkomst ‘onontbindbaar’ wordt.¹²⁴ de cedent zou niet meer kunnen overgaan tot ontbinding omdat jegens hem niet wordt tekortgeschoten in de nakoming,¹²⁵ terwijl de cessionaris niet tot ontbinding zou kunnen overgaan omdat hij deze bevoegdheid niet heeft.¹²⁶ De cessie van de vordering leidt tot een niet goed te rechtvaardigen bevoordeling van de debitor cessus. Het valt immers niet goed in te zien waarom een door de wet toegekende remedie op niet-nakoming verloren zou gaan door cessie van de vordering uit de overeenkomst.¹²⁷ Een dergelijke gevolgtrekking lijkt echter ook

¹²² Zie voor de achtergrond daarvan hiervoor in par. 9.2.

¹²³ Asser/Beekhuis 3-I 1980, p. 228, Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006, nr. 283, Wibier 2009, nr. 20 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 346. In die richting ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 261 alwaar wordt opgemerkt dat de cedent gebruik zal willen maken van die bevoegdheid indien hij nog andere vorderingen heeft jegens de schuldenaar, maar niet geheel duidelijk wordt of zij dit ook als eis stellen.

¹²⁴ Zo bijv. uitdrukkelijk Heyning-Plate 1969, p. 103, volgens wie de cedent door cessie afstand doet van zijn recht van ontbinding.

¹²⁵ De omstandigheid dat de cedent aan de cessionaris een vordering heeft overgedragen ten aanzien waarvan de debitor cessus in gebreke blijft met de voldoening, zal gewoonlijk geen omstandigheid zijn die de verkoper zou kunnen bewegen tot ontbinding, zo dit jegens hem al als een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst waaruit de gecedeerde vordering voortspruit, heeft te gelden. In het algemeen staat de cedent immers niet in voor de gegoedheid van de debitor cessus. Zie Biemans 2011, p. 644 (terughoudender op p. 487). Vgl. ook Beuving 1996, p. 73.

¹²⁶ Zie voor gezamenlijke ontbinding echter Verhagen & Rongen 2000, p. 134-136 en M.H.E. Rongen, ‘Vorderingen als verhandelbare goederen: wijzigingen van de onderliggende overeenkomst na cessie of verpanding’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 289-290. Hoewel dat al meer bevredigt dan de slotsom dat de overeenkomst niet meer kan worden ontbonden, kan deze oplossing gauw tot overstrekking van de belangen van de cessionaris leiden, door hem ook als partij bij de (meerpartijen)overeenkomst te beschouwen. Ook kritisch: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 346.

¹²⁷ Vgl. ook de bedenkingen van Verhagen & Rongen 2000, p. 132 en L.E.H. Rutten in diens noot onder HR 7 maart 1958, *NJ* 1958, 278 (*Claassen/Schattenkerk*).

besloten te liggen in de rechtspraak van de Hoge Raad. Zo oordeelde hij dat bij overgang van de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst op de verkrijger van de onroerende zaak ex artikel 1612 BW (oud) (thans: 7:226 BW), de vervreemder de bevoegdheid verliest om tot ontbinding van de huurovereenkomst over te gaan vanwege een tekortkoming in de nakoming van vóór de overdracht van de onroerende zaak, terwijl de verkrijger van de onroerende zaak slechts de bevoegdheid heeft om tot ontbinding van de huurovereenkomst over te gaan ter zake van een tekortkoming die heeft plaatsgevonden na de overdracht van het verhuurde.¹²⁸ Tekortkomingen in de nakoming die voor de overdracht hebben plaatsgevonden, worden na overdracht van het gehuurde derhalve in het geheel niet meer met ontbinding bedreigd. Problematisch aan deze benadering in literatuur en rechtspraak is dat een relatieve toets wordt aangelegd bij de vraag of de bevoegdheid tot ontbinding bestaat. De bevoegdheid komt slechts toe aan de partij bij de overeenkomst en voor de vraag of hij na cessie van de vordering nog tot ontbinding kan overgaan, is beslissend of *jegens hem* nog van een tekortkoming in de nakoming kan worden gesproken. Voor de vraag of voldaan is aan de vereisten voor ontbinding van de overeenkomst is echter in het geheel niet van belang of sprake is van een tekortkoming jegens de wederpartij. Beslissend is enkel dat de schuldenaar tekortschiet in de nakoming van de op hem rustende verbintenis (art. 6:265 BW). Is dat het geval, dan moet in ieder geval worden aangenomen dat de wederpartij (*i.e.*: de cedent) nog kan overgaan tot ontbinding van de overeenkomst.¹²⁹ Het ontbindingsrecht komt na cessie van de enige uit de overeenkomst voortvloeiende vordering niet in een niemandsland terecht.

Eveneens denkbaar is naar mijn mening dat de verkoper aan de verkrijger van de voorbehouden eigendom eveneens het recht overdraagt om de tussen de verkoper en de koper gesloten koopovereenkomst te ontbinden. Aldus kan de derde zonder belemmeringen overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Het recht om de koopovereenkomst te ontbinden is als wilsrecht namelijk zelfstandig overdraagbaar.¹³⁰ In de literatuur wordt daarentegen vrij algemeen aangenomen dat het ontbindingsrecht niet zelfstandig overdraagbaar is.¹³¹

De in de literatuur veelal genoemde bezwaren tegen overgang van het ontbindingsrecht bij cessie hebben echter met name betrekking op het van rechtswege overgaan van het ontbindingsrecht als nevenrecht (art. 6:142 BW) op de cessionaris.¹³² Zo wordt opgemerkt dat het ontbindingsrecht niet overgaat op de cessionaris, omdat de bevoegdheid niet zozeer aan de vordering is verbonden, maar aan de rechtsverhouding tussen de debitor cessus en de cedent.¹³³

128 HR 7 maart 1958, *NJ* 1958, 278 m.nt. L.E.H. Rutten (*Claassen/Schattenkerk*).

129 Zie in deze zin Wiarda 1937, p. 291, Fikkers 1992, p. 119 en Biemans 2011, p. 486-487. Zie voor ontbinding door de cedent ten behoeve van de cessionaris Van Achterberg 1999, p. 18.

130 Van Vrijberghe de Coningh 1943, p. 27, J.H. Beekhuis in diens noot onder HR 19 juni 1964, *NJ* 1965, 341 (*Van Reekum/Haars q.q.*) en Perrick 1996, p. 247. In die richting ook L.E.H. Rutten in diens noot onder HR 7 maart 1958, *NJ* 1958, 278 (*Claassen/Schattenkerk*) en Pitlo/Wolffensperger & Frenkel 1979, p. 54.

131 Wiarda 1937, p. 329, Suijling 1948, p. 132, Fikkers 1992, p. 117-119, Snijders 1999, p. 583, Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006, nr. 283, Wibier 2009, nr. 20, Biemans 2011, p. 485-486 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 346. Zie voor verschillen in de wijze van uitoefenen van de ontbindingsbevoegdheid tussen het oude en nieuwe recht echter ook Snijders 1999, p. 583, voetnoot 38.

132 Vgl. de noot van J.H. Beekhuis onder HR 19 juni 1964, *NJ* 1965, 341 (*Van Reekum/Haars q.q.*).

133 Wiarda 1937, p. 329, Van Achterberg 1999, p. 18, Biemans 2011, p. 485, Rongen 2012, p. 1272 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 346. Zo ook T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 528 en T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 585-586.

Inderdaad vermag dit te verklaren waarom de ontbindingsbevoegdheid niet van rechtswege overgaat op de cessionaris, maar daarmee is niet onderbouwd waarom het ontbindingsrecht zich überhaupt niet zou lenen voor overdracht. Evenmin redengevend is het argument dat de oorspronkelijke schuldeiser belang kan blijven houden bij ontbinding van de overeenkomst en dat zijn belang in ieder geval betrokken is omdat de ontbinding ook haar weerslag heeft op de rechtspositie van de voormalig schuldeiser als wederpartij.¹³⁴ Ook hiermee laat zich slechts verklaren waarom het ontbindingsrecht niet van rechtswege en zonder meer overgaat op de cessionaris, maar laat zich niet verklaren waarom dit recht niet met instemming van de oorspronkelijke schuldeiser zou kunnen worden overgedragen op de cessionaris.¹³⁵

Door een aantal auteurs wordt artikel 3:304 BW gezien als obstakel voor de overdraagbaarheid van het ontbindingsrecht.¹³⁶ Hoewel het artikel volgens deze auteurs weliswaar niet rechtstreeks toepasselijk is omdat de ontbindingsbevoegdheid geen rechtsvordering is, zou een analogische toepassing vanwege de strekking van de bepaling zijn aangewezen. Het argument komt mij weinig overtuigend voor: de strekking van artikel 3:304 BW vormt veeleer een argument vóór de overdraagbaarheid van het ontbindingsrecht. Artikel 3:304 BW strekt ertoe een scheiding tussen belang en bevoegdheid te voorkomen, omdat het onwenselijk zou zijn dat een bepaalde bevoegdheid zou toekomen aan een ander dan degene die bij die bevoegdheid een belang heeft.¹³⁷ Als het erop aankomt te bewerkstelligen dat belang en bevoegdheid in een hand zijn, pleit veel voor de overdraagbaarheid van het ontbindingsrecht.¹³⁸ Juist zonder de overdraagbaarheid ontstaat namelijk een situatie waarin bevoegdheid en belang uiteenlopen: de cessionaris heeft belang bij de ontbindingsbevoegdheid als remedie bij niet-nakoming of als pressiemiddel, terwijl de bevoegdheid zou blijven berusten bij de cedent, die bij ontbinding van de overeenkomst in het algemeen geen belang meer zal hebben.¹³⁹ Wanneer de verkoper de voorbehouden eigendom en de koopprijsvordering aan de derde heeft overgedragen, zal hij zich gewoonlijk niet meer bekommeren om de koopovereenkomst, omdat hij heeft gekregen wat hij wilde. De derde behoudt echter een belang bij ontbinding van de koopovereenkomst omdat hij dan pas kan overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud.

134 Zo echter T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 576-577.

135 Vgl. Scholz 2010, p. 112.

136 Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006, nr. 283 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 346.

137 Zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 916 in verbinding met T.M. *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 393.

138 Vgl. ook M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 932 alwaar ten aanzien van art. 6:251 BW wordt opgemerkt dat het artikel voorkomt dat de onbevredigende situatie ontstaat dat 'de schuldeiser geen nakoming van het bij hem gebleven recht kan vorderen, omdat hij daarbij geen belang meer heeft (...), en de verkrijger van het goed dat evenmin kan, omdat hij geen schuldeiser is.'

139 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 261, die opmerken dat de cedent belang bij ontbinding houdt als hij nog meer vorderingen heeft jegens de schuldenaar. Zie voorts M.v.A. II., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 933 alwaar wordt opgemerkt dat de cedent belang blijft houden bij ontbinding als hij zich daardoor van de door hem verschuldigde tegenprestatie kan bevrijden.

Het ontbindingsrecht laat zich kwalificeren als een wilsrecht.¹⁴⁰ Voor de overdraagbaarheid van dit wilsrecht moet echter nog de hobbels van artikel 3:83 lid 3 BW worden genomen. Ook dit artikellid behoeft geen barrière te vormen voor de overdraagbaarheid van het wilsrecht. Vooropgesteld moet worden dat in weerwil van de tekst van artikel 3:83 lid 3 BW niet noodzakelijk is dat de wet uitdrukkelijk bepaalt dat het desbetreffende recht overdraagbaar is. Voldoende is dat overdraagbaarheid van het recht past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen.¹⁴¹ Bovendien moet bedacht worden dat wilsrechten in het algemeen, maar ook het ontbindingsrecht als verschijningsvorm daarvan, geen buitenwettelijke nieuwe categorie rechten vormen. Ze zijn weliswaar niet nader door de wetgever aan regels onderworpen, maar liggen als zodanig wel opgesloten in het wettelijk systeem.¹⁴² Van belang is daarnaast dat niet gezegd kan worden dat het ontbindingsrecht überhaupt niet vatbaar zou zijn voor overgang op een ander. In ieder geval bij contractsovername gaat dit wilsrecht immers over op de degene op wie de rechtsverhouding overgaat.¹⁴³

Het komt dan ook met name aan op de vraag of het ontbindingsrecht ook afzonderlijk kan worden overgedragen aan een ander, op wie niet tevens de gehele rechtsverhouding overgaat. Daarvoor is beslissend of het ontbindingsrecht een voldoende zelfstandig karakter heeft om te worden overgedragen.¹⁴⁴ Sterker nog: de zelfstandigheid van het recht is een belangrijke voorwaarde om het ontbindingsrecht überhaupt te kwalificeren als een afzonderlijk vermogensrecht.¹⁴⁵ Als het ontbindingsrecht zozeer verbonden is met de rechtsverhouding waarop het ontbindingsrecht betrekking heeft, moet worden aangenomen dat het de vereiste zelfstandigheid mist.¹⁴⁶ Op dit punt ligt evenwel een cirkelredenering op de loer: de zelfstandigheid van het ontbindingsrecht hangt immers in belangrijke mate af van de afzonderlijke overdraagbaarheid.¹⁴⁷ In ieder geval kan niet worden gezegd dat het ontbindingsrecht onvoldoende zelfstandig is, omdat het deel uitmaakt van de gehele rechtsverhouding en ook na overdracht nog uitwerking heeft op de rechtsverhouding, waaruit het ontbindingsrecht is losgemaakt. Met evenveel recht zou men op die grond de zelfstandige overdraagbaarheid van vorderingen kunnen ontkennen, omdat het lot van de vordering ook na cessie nog gevolgen kan hebben voor de rechtsverhouding waaruit de vordering is ontsproten.¹⁴⁸

140 T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 585, Fikkers 1992, p. 117, Snijders 1999, p. 560, Van Achterberg 1999, p. 18, Verhagen & Rongen 2000, p. 130 en Rongen 2012, p. 1272. Ogenscheinlijk anders: Biemans 2011, p. 486, die het ontbindingsrecht het karakter van subjectief recht ontzegt. Algemeen worden de wilsrechten echter tot de categorie van de subjectieve rechten gerekend. Zie bijv. Suijling 1948, p. 102 en Meijers 1948, p. 266.

141 Snijders 1999, p. 565, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 111, Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 312 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 208.

142 Zie bijv. M.O., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 315-316, T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1040 en T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 585.

143 Vgl. Dörner 1985, p. 153-154.

144 Zie voor de nadruk op de zelfstandigheid als criterium T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 314, Perrick 1996, p. 243-244, Snijders 1999, p. 560 en Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 310. Vgl. ook Meijers 1948, p. 146-147.

145 Meijers 1948, p. 85-86. Vgl. ook Perrick 1996, p. 244.

146 In die zin Biemans 2011, p. 486 die spreekt van een afhankelijk karakter van het ontbindingsrecht en ook Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 310 die – in ieder geval ten aanzien van het vernietigingsrecht – spreken van een onzelfstandig vermogensrecht. Vgl. ook Snijders 1999, p. 583.

147 Vgl. Snijders 1999, p. 565 en Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 30 t.a.v. de vergelijkbare circulariteit bij art. 3:6 BW en nr. 310. Zie ook Hattenhauer 2011, p. 419.

148 Bydlinski 1986, p. 28-29, Steinbeck 1994, p. 65-66, Schürmbrand 2004, p. 203-204 en Hattenhauer 2011, p. 421.

Beslissend voor de vraag of het ontbindingsrecht voldoende zelfstandig karakter heeft is naar mijn mening dan ook of het ontbindingsrecht ook een functie kan vervullen wanneer het recht toekomt aan een ander dan de contractuele partij.¹⁴⁹ Het gaat erom of de verkrijger van het ontbindingsrecht ook een rechtens te respecteren belang kan hebben bij verkrijging van dat recht als niet tevens de gehele rechtsverhouding op hem overgaat.¹⁵⁰ Op dit punt kan inspiratie worden geput uit de ontwikkelingen in het Duitse en Oostenrijkse recht.¹⁵¹ Lange tijd werd zowel in Oostenrijk als in Duitsland aangenomen dat wilsrechten die niet zozeer betrekking hebben op een bepaalde vordering, maar op de overeenkomst als zodanig (zoals het ontbindingsrecht of een vernietigingsrecht), onlosmakelijk verbonden zijn met die overeenkomst, zodat dergelijke rechten slechts kunnen toekomen aan de partij bij de overeenkomst. In deze benadering is de mogelijkheid om te beslissen over het voortbestaan van de overeenkomst strikt voorbehouden aan de bij de overeenkomst betrokken partijen. Deze traditionele benadering klinkt ook door in de Toelichting-Meijers bij artikel 6:142 BW, waarin wordt opgemerkt dat een opzeggings- of ontbindingsrecht niet overgaat op de cessionaris, ‘omdat deze rechten niet aan de vordering doch aan de gehele rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de oorspronkelijk schuldeiser zijn verbonden.’¹⁵² In de loop der tijd is men – mede ingegeven door de noden van de praktijk – in Duitsland en Oostenrijk echter tot het inzicht gekomen dat de omstandigheid dat het wilsrecht gevolgen heeft voor de rechtsverhouding, op zichzelf niet in de weg hoeft te staan aan de afzonderlijke overdraagbaarheid van het wilsrecht. Deze ontwikkeling is onder meer ingegeven door het bewustzijn dat de cessionaris een belang kan hebben bij de verkrijging van het wilsrecht, onder meer omdat daarmee kan worden voorkomen dat de cedent door uitoefening van het ontbindingsrecht afbreuk kan doen aan de door de cessionaris verkregen vordering.¹⁵³ Daarbij komt dat de cedent na cessie van de vordering veelal geen reden meer zal hebben om over te gaan tot ontbinding van de overeenkomst, zodat het voor de cessionaris niet afdoende is dat hij zich tot de cedent zou kunnen wenden om hem aan te sporen tot ontbinding.¹⁵⁴ In het hier aan de orde zijnde geval ligt het belang van de cessionaris om het ontbindingsrecht te verkrijgen besloten in de omstandigheid dat hij pas door uitoefening van dat recht het eigendomsvoorbehoud kan uitoefenen, terwijl de verkoper na de cessie gewoonlijk niet meer de noodzaak zal zien om tot ontbinding over te gaan.¹⁵⁵ Dat de ontbinding ook de verplichting van de verkoper doet wegvallen, zodat zijn belang ook betrokken is bij de ontbinding, doet daar niet aan af, omdat de derde door de overdracht van de voorbehouden eigendom ook de zeggenschap heeft verkregen over het voorwerp van de prestatieplicht van de verkoper.

149 Vgl. ook de teneur van de bijdrage van W. Snijders, ‘Ongeregelde heden in het vermogensrecht (I)’, *WPNR* 2005, (6607), p. 79-85.

150 Zie voor deze maatstaf i.h.b. Bydlinski 1986, p. 32-43, Rummel/Ertl 2002, § 1393 ABGB, Rn. 5 en Klang/Thöni 2011, § 1393 ABGB, Rn. 53. Zie uit de Oostenrijkse rechtspraak bijv. OGH 10 november 1988, zaaknr. 6Ob639/88 en OGH 9 juli 1996, zaaknr. 4Ob2146/96h.

151 Zie voor het navolgende in het bijzonder m.b.t. Duitsland Schürmbrand 2004, p. 177-206 en m.b.t. Oostenrijk Bydlinski 1986, p. 18-43.

152 T.M., *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 528.

153 Steinbeck 1994, p. 68, Schürmbrand 2004, p. 182 en Hattenhauer 2011, p. 416.

154 Zie bijv. Czermak 1984, p. 419-420, Reidinger 1987, p. 432-433 en Iro 2015, p. 258-259.

155 Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 393 en p. 645, Czermak 1984, p. 419-420, Bydlinski 1986, p. 141-142, Iro 2015, p. 260-261 en KBB/Apathy & Perner 2017, § 1063 ABGB, Rn. 18.

Dit toegenomen bewustzijn in de Duitse en Oostenrijkse doctrine heeft ertoe geleid dat men steeds meer de nadruk is gaan leggen op de *Privatautonomie* en de contractsvrijheid, op grond waarvan het aan partijen zou moeten vrijstaan zelf onderling te kunnen bepalen aan wie een wilsrecht dat betrekking heeft op de rechtsverhouding zou moeten toekomen na cessie van een vordering, terwijl er geen dwingende of logische noodzaak zou zijn op grond waarvan een bepaald wilsrecht zonder meer aan de cedent zou moeten blijven toekomen.¹⁵⁶ Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid dat tegenwoordig het zelfstandige karakter van het ontbindingsrecht op de voorgrond wordt geplaatst. Door een meerderheid van de auteurs wordt intussen de zelfstandige overdraagbaarheid van het ontbindingsrecht dan ook aanvaard,¹⁵⁷ terwijl ook in de rechtspraak is aanvaard dat in het licht van de contractsvrijheid geen principiële bezwaren bestaan tegen de overdracht van het ontbindingsrecht.¹⁵⁸

Principiële bedenkingen tegen de overdraagbaarheid bestaan ook niet vanuit het perspectief van de schuldenaar. Voor uitoefening van het ontbindingsrecht blijft ook na overdraagbaarheid vereist dat aan de vereisten voor ontbinding is voldaan.¹⁵⁹ In zoverre verslechtert de positie van de schuldenaar niet.¹⁶⁰ Ook Snijders lijkt voor het Nederlandse recht de overdraagbaarheid van wilsrechten te aanvaarden voor zover de overdracht niet leidt 'tot een nieuwe rechtsbetrekking (...) waarbij ook de persoon van de verkrijger voor de wederpartij van belang zou kunnen zijn, bijv. omdat zij ook op hem verplichtingen legt.'¹⁶¹ Dat is bij de overdracht van het ontbindingsrecht echter niet aan de orde, terwijl hij in dit geval reeds door de overdracht van de vordering en de voorbehouden eigendom te maken krijgt met een andere partij. Als de schuldenaar überhaupt niet te maken wil krijgen met een ander dan zijn wederpartij, dient hij een onoverdraagbaarheidsbeding overeen te komen.¹⁶² Dat uitoefening van het ontbindingsrecht door de cessionaris eveneens gevolgen heeft voor de cedent, die immers nog altijd wederpartij is bij de overeenkomst die wordt ontbonden, is evenmin een bezwaar, aangezien hij zelf heeft ingestemd met de overdracht van het ontbindingsrecht en aldus rekening kon houden met de gevolgen.¹⁶³

156 Schwenzer 1982, p. 221, Czermak 1984, p. 419-420, Dörner 1985, p. 299, Bydlinksi 1986, p. 24-26 en p. 130-131, Reidinger 1987, p. 432-433, Steinbeck 1994, p. 41-42 en p. 66-67, Scholz 2010, p. 111 en Hattenhauer 2011, p. 412.

157 Zie voor Duitsland Erman/Westermann 2011, § 398 BGB, Rn. 29, Staudinger/Busche 2012, § 413 BGB, Rn. 13, MünchKomm-BGB/Ernst 2016, § 323 BGB, Rn. 165 en MünchKomm-BGB/Roth & Kieninger 2016, § 413 BGB, Rn. 12 en voor Oostenrijk Rummel/Ertl 2002, § 1393 ABGB, Rn. 5, Schwimann & Kodek/Heidinger 2006, § 1393 ABGB, Rn. 18 en Klang/Thöni 2011, § 1393 ABGB, Rn. 53.

158 BGH 1 juni 1973, *NJW* 1973, 1793 en BGH 21 juni 1985, *NJW* 1985, 2640. Zie specifiek voor de overdracht van het ontbindingsrecht in het kader van de overdracht van de voorbehouden eigendom BGH 8 mei 2014, *NJW* 2014, 2358. Zie voor Oostenrijkse rechtspraak hiervoor in voetnoot 150.

159 Vgl. Bydlinksi 1986, p. 131 en Steinbeck 1994, p. 70.

160 Zo ook J.H. Beekhuis in diens noot onder HR 19 juni 1964, *NJ* 1965, 341 (*Van Reekum/Haars q.q.*).

161 Snijders 1999, p. 565. Vgl. echter ook Snijders 1999, p. 583, waar hij het ontbindingsrecht een onzelfstandig karakter toedicht, waaruit afgeleid zou kunnen worden dat hij vooral wilsrechten overdraagbaar acht die een nieuw recht in het leven roepen, zonder dat een ander zich daarmee tevens in een bepaalde rechtsbetrekking manoeuvreert. M.i. staat dit niet aan overdraagbaarheid van het ontbindingsrecht in de weg. Dat de verkrijger van dat recht (de cessionaris) door uitoefening van het ontbindingsrecht invloed uitoefent op de tussen cedent en debitor cessus bestaande rechtsbetrekking, is niet van belang wanneer men bedenkt dat de cedent heeft ingestemd met de overgang van het recht en de positie van de debitor cessus niet verslechtert, terwijl hij door cessie van de vordering sowieso te maken kan krijgen met een ander dan de wederpartij.

162 Schwenzer 1982, p. 220-221, Steinbeck 1994, p. 71, Schümbrand 2004, p. 183-184, Scholz 2010, p. 113 en Hattenhauer 2011, p. 417-418.

163 Schwenzer 1982, p. 219-220, Bydlinksi 1986, p. 131, Steinbeck 1994, p. 68, Schümbrand 2004, p. 204 en Hattenhauer 2011, p. 416.

Om vergelijkbare redenen moet naar mijn mening eveneens voor het Nederlandse recht worden aanvaard dat het ontbindingsrecht voldoende zelfstandig is. Aangezien het bij het ontbindingsrecht gaat om een tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen recht, dient de levering te geschieden overeenkomstig artikel 3:94 BW.¹⁶⁴ Na de overdracht van het ontbindingsrecht is de derde die de voorbehouden eigendom heeft verkregen in staat het eigendomsvoorbehoud uit te oefenen, omdat hij door ontbinding van de tussen verkoper en koper gesloten overeenkomst het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde en het daaruit voortvloeiende gebruiksrecht van de koper ten val brengt.¹⁶⁵

9.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is aandacht besteed aan de mogelijkheden om het eigendomsvoorbehoud te benutten indien de aanschaf van de zaak niet door de verkoper maar door een derde wordt gefinancierd. Daarbij is de aandacht uitgegaan naar de constructie waarbij de verkoper een eigendomsvoorbehoud bedingt en vervolgens de koopprijsvordering cedeert en de voorbehouden eigendom overdraagt aan deze derde. De overige constructies bij financiering door een derde, zoals de voorafgaande aanschaf van de zaak door de derde of een *sale-and-lease-back*-constructie, hebben namelijk gemeen dat uiteindelijk sprake is van een eigendomsvoorbehoud in een tweepartijenrelatie. In een dergelijk geval wordt het eigendomsvoorbehoud bedongen in de overeenkomst tussen de derde en de koper, zodat geen bijzonderheden optreden als gevolg van het feit dat een derde de aanschaf financiert. In feite is de derde in een dergelijk geval de verkoper geworden.

Bij de cessie van de koopprijsvordering is de overdracht van de voorbehouden eigendom noodzakelijk, omdat de voorbehouden eigendom geen van de vordering afhankelijk recht of nevenrecht is. Tegen de achtergrond van het fiduciaverbod bestaan geen bezwaren tegen een zodanige overdracht. Aangezien de positie van de koper niet verslechtert door deze overdracht en zodoende identiek is aan de positie bij een 'gewoon' eigendomsvoorbehoud, bestaan vanuit de strekking van het fiduciaverbod, dat gericht is op de bescherming van de schuldenaar tegen onderbedeling, geen bezwaren tegen de overdracht. Een zodanige overdracht stuit derhalve niet af op het verbod van artikel 3:84 lid 3 BW.

Vervolgens is aandacht besteed aan de wijze waarop het eigendomsvoorbehoud functioneert in de verhouding tussen de derde en de koper. In dat kader treedt een aantal bijzonderheden op, omdat de derde geen partij is bij de koopovereenkomst met de koper. In dat kader is aandacht besteed aan het gebruiksrecht van de koper ten aanzien van de zaak. Aangezien dit gebruiksrecht niet slechts een grondslag heeft in de koopovereenkomst, maar besloten ligt in het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper, kan de koper dit gebruiksrecht ook tegenwerpen aan de verkrijger van de voorbehouden eigendom.

¹⁶⁴ Perrick 1996, p. p. 244 en p. 247. De bezwaren van Struycken 2007, p. 352-356 tegen overdraagbaarheid van rechten ten aanzien waarvan dat niet uitdrukkelijk in de wet is geregeld, omdat er geen op dat recht toegesneden leveringsbepaling bestaat, acht ik dan ook niet overtuigend.

¹⁶⁵ Zo ook Brahn 1983, p. 118-119 en Mezas 1985, p. 38-39. Zie voor Oostenrijk bijv. Frotz 1970, p. 199, voetnoot 367, Klang/Bydlinski 1978, § 1063 ABGB, p. 645 en KBB/Apathy & Perner 2017, § 1063 ABGB, Rn. 18 en voor Duitsland Jacoby 2008, p. 1055 en BGH 8 mei 2014, *NJW* 2014, 2358.

Tot slot is onderzocht op welke wijze de derde kan overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Ogenschijnlijk bestaan ook daar moeilijkheden, omdat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud pas mogelijk is na of met gelijktijdige ontbinding van de koopovereenkomst. Aangezien de derde geen partij is bij de koopovereenkomst, kan hij deze overeenkomst echter niet ontbinden. De oplossing wordt geboden door een afzonderlijke overdracht van het ontbindingsrecht, dat als wilsrecht zelfstandig overdraagbaar is. Een zodanige overdracht kan ook besloten liggen in de overdracht van de voorbehouden eigendom. Vervolgens is de derde in staat om tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud over te gaan.

Samenvatting en conclusies

In dit proefschrift is het eigendomsvoorbehoud geanalyseerd, door de plaats van de figuur in het systeem van het vermogensrecht te onderzoeken. Bijzondere aandacht is daarbij besteed aan de verhouding van het eigendomsvoorbehoud tot het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW, waarmee de wetgever zekerheidseigendom heeft willen uitbannen en aan de plaats van het eigendomsvoorbehoud binnen de systematiek van de voorwaardelijke overdracht, in het bijzonder waar het aankomt op de rechtspositie van de koper gedurende de periode van onzekerheid.

Door de wetgever is het bestaansrecht van het eigendomsvoorbehoud met een tweetal argumenten onderbouwd: een argument waarom het gerechtvaardigd is dat de verkoper eigenaar blijft en een argument waarom het gerechtvaardigd is dat de overige schuldeisers van de koper zich nog niet op de verkochte zaak kunnen verhalen. Aan deze beide argumenten is achtereenvolgens aandacht besteed in hoofdstuk 2 en 3.

In hoofdstuk 2 is de functie van het eigendomsvoorbehoud onderzocht en is aandacht besteed aan de vraag waarom het gerechtvaardigd is dat de verkoper eigenaar blijft. Volgens de heersende leer in de literatuur staat het eigendomsvoorbehoud namelijk op gespannen voet met het fiduciaverbod omdat het beding leidt tot een vorm van zekerheidseigendom en de functie van het eigendomsvoorbehoud in feite die van een zekerheidsrecht is. In navolging van de wetgever is echter geconcludeerd dat het eigendomsvoorbehoud geen met traditionele zekerheidsrechten vergelijkbare figuur is, zodat het eigendomsvoorbehoud niet op gespannen voet staat met het fiduciaverbod. Door middel van het eigendomsvoorbehoud wordt de regel van ‘gelijk oversteken’ gehandhaafd. Doordat de verkoper de nakoming van zijn verplichting tot eigendomsoverdracht afhankelijk maakt van de voldoening van de koopprijs, wordt het wederkerige karakter van de koopovereenkomst gehandhaafd, ondanks het feit dat de verkoper de zaak reeds aflevert. Het eigendomsvoorbehoud functioneert daarmee veeleer als een opschortingsrecht, waarmee de verkoper zijn rechten bij ontbinding waarborgt. Aldus biedt het eigendomsvoorbehoud niet zozeer zekerheid voor de voldoening van de koopprijs, maar zekerheid voor de ongedaanmaking bij ontbinding. Bovendien handhaaft het eigendomsvoorbehoud aldus slechts de status quo en verschaft het eigendomsvoorbehoud aan de verkoper geen positie die hij niet ook al voor het sluiten van de koopovereenkomst met de koper had.

In hoofdstuk 3 is nader aandacht besteed aan de vraag waarom het gerechtvaardigd is dat de verkoper door het eigendomsvoorbehoud een voorrangspositie verkrijgt ten opzichte van de overige schuldeisers, die zich niet op de verkochte zaak kunnen verhalen. De rechtvaardiging daarvoor is gelegen in de neutrale werking van het beding. Omdat de zaak bij gebreke van de prestatie van de verkoper ook niet tot het vermogen van de koper zou behoren, wordt de overige schuldeisers van de koper geen vermogensbestanddeel ontnomen waarop zij zich bij gebreke van het eigendomsvoorbehoud wel zouden kunnen verhalen. Deze rechtvaardiging voor de voorkeursbehandeling van de onbetaald gebleven verkoper wordt ook in de in het onderzoek betrokken rechtstelsels overal aanvaard. Er bestaan bovendien goede argumenten op deze voorrangspositie ook te handhaven op datgene wat in de plaats komt van de verkochte zaak, voor zover de voorrangspositie beperkt blijft tot de daadwerkelijk door de verkoper bijgedragen waarde. Het gaat daarbij in het bijzonder om een door de koper gerealiseerde doorverkoopvordering en een uit de verkochte zaak nieuw gevormde zaak. Bijzondere aandacht is besteed aan het verbreed eigendomsvoorbehoud, waarvoor niet geldt dat het eigendomsvoorbehoud een neutrale werking heeft. In een beperkt aantal gevallen bestaat voor het verbreed eigendomsvoorbehoud echter ook een rechtvaardiging, namelijk wanneer door de verkoper aan de koper doorlopend (soortgelijke) zaken worden geleverd, omdat anders individualiseringsproblemen zouden kunnen ontstaan bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud.

Hoofdstuk 4 behandelt de constructie van het eigendomsvoorbehoud. Het eigendomsvoorbehoud heeft een tweeledige structuur. Niet alleen is met het beding beoogd dat de verkoper vooralsnog eigenaar blijft, ook strekt het beding ertoe dat de koper zonder meer en terstond eigenaar wordt van de verkochte zaak op het moment dat hij de verschuldigde tegenprestatie voldoet. Dit wordt bewerkstelligd doordat partijen terstond een overdracht onder opschortende voorwaarde realiseren. Artikel 3:91 BW neemt in dat kader een centrale plaats in. Doordat de wetgever een afzonderlijk leveringsvoorschrift heeft opgenomen voor de overdracht onder opschortende voorwaarde, kan direct aan het leveringsvereiste worden voldaan, zodat ook een overdracht tot stand kan komen. Hoewel een zodanige mogelijkheid ook bij gebreke van de bepaling door middel van een redelijke wetsuitleg zou kunnen worden bereikt, heeft de wetgever er verstandig aan gedaan dit uitdrukkelijk te bepalen, om kwesties dienaangaande te voorkomen. Veel discussie bestaat er in de literatuur over de constructie van het eigendomsvoorbehoud als overdracht onder opschortende voorwaarde, in het bijzonder waar het aankomt op de verklaring voor de voorwaardelijkheid. De voorwaardelijkheid van de overdracht laat zich verklaren door de doorwerking van de opschortende voorwaarde die is verbonden aan de verbintenis tot overdracht. Op grond van het causale stelsel van overdracht werkt de aan de titel verbonden opschortende voorwaarde door in de overdracht, in die zin dat een overdracht onder dezelfde voorwaarde wordt gerealiseerd. In een consequente systematiek kan een dergelijk rechtsgevolg bovendien ook worden bereikt aan de hand van een opschortende voorwaarde die wordt verbonden aan de op overdracht gerichte wilsovereenstemming (de zgn. goederenrechtelijke overeenkomst).

In hoofdstuk 5 staat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud centraal, waarbij bijzondere aandacht is besteed aan de gevolgen van uitoefening van het eigendomsvoorbehoud voor het voortbestaan van de koopovereenkomst. Aangezien de koper op grond van de koopovereenkomst gerechtigd is tot het gebruik van de zaak, is het in beginsel noodzakelijk dat de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud samenvalt met ontbinding van de koopovereenkomst. Denkbaar is dat partijen daarvan zijn afgeweken, zodat een uitoefening van het eigendomsvoorbehoud mogelijk is zonder gelijktijdige ontbinding. In ieder geval heeft een definitieve uitoefening van het eigendomsvoorbehoud tot gevolg dat de koopovereenkomst wordt ontbonden. Aldus bevrijdt de verkoper zich van zijn eigen verplichting tot eigendomsverschaffing en brengt hij het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ten val, waardoor hij weer onvoorwaardelijk eigenaar wordt en vrijelijk kan beschikken over de verkochte zaak. Om die reden is een uitoefening van het eigendomsvoorbehoud door middel van executie van de zaak met instandhouding van de koopovereenkomst, zoals in Duitsland en Oostenrijk wel pleegt te geschieden, onmogelijk. Tot slot is aandacht besteed aan de rechtgevolgen van verjaring van de rechtsvordering ter zake van de tegenprestatie. In dat verband is geconcludeerd dat de regel van het Nederlandse recht dat de koper door verjaring eigenaar wordt van de verkochte zaak niet goed valt te rechtvaardigen tegen de achtergrond van de functie van het eigendomsvoorbehoud.

Hoofdstuk 6 behandelt het verbreed eigendomsvoorbehoud. Van een dergelijk eigendomsvoorbehoud is sprake indien de eigendomsovergang ook afhankelijk wordt gemaakt van de voldoening van andere vorderingen. Aldus leidt het verbreed eigendomsvoorbehoud tot een kunstmatige wederkerigheidsband, omdat prestaties door partijen tegenover elkaar worden geplaatst die gewoonlijk niet tegenover elkaar staan. Dat blijkt onder meer uit de omstandigheid dat de verkoper bij een verbreed eigendomsvoorbehoud de koopovereenkomst ook kan ontbinden en aldus kan overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud, indien de koper in gebreke blijft met de voldoening van de andere vorderingen. Ook denkbaar is dat partijen een krediet eigendomsvoorbehoud overeenkomen, zodat de verkoper ook eigenaar blijft indien er op een zeker moment geen vorderingen bestaan in de rechtsverhouding tussen verkoper en koper, maar wel denkbaar is dat dergelijke vorderingen in de toekomst weer ontstaan.

In hoofdstuk 7 is aandacht besteed aan een aantal veelvoorkomende situaties op grond waarvan de verkoper zijn eigendomsrecht gedurende de periode van onzekerheid kan verliezen. Het gaat daarbij in de eerste plaats om zaaksvorming, doorverkoop van de verkochte zaak, bestanddeelvorming en natrekking. In dat verband is geconcludeerd dat het eigendomsverlies van de verkoper zich laat rechtvaardigen door de strekking van de genoemde regelingen, maar voor de daarmee gepaard gaande herverdeling van de in de verkochte zaak besloten waarde geen rechtvaardiging bestaat. In het bijzonder bestaan er goede gronden op de positie van de verkoper bij zaaksvorming of doorverkoop te versterken, door aan een door de verkoper bedongen pandrecht op de nieuw gevormde zaak of doorverkoopvordering een supervoorrang te verbinden (zgn. verlengd eigendomsvoorbehoud).

Het eigendomsverlies bij natrekking laat zich in het algemeen minder goed rechtvaardigen, omdat het rechtsverlies hier veelal een gevolg is van een erg ruime uitleg van artikel 5:20 BW. Voorgesteld is om door middel van wettelijk ingrijpen dit eigendomsverlies te voorkomen, indien de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud heeft ingeschreven. In geval van oneigenlijke vermenging verliest de verkoper zijn eigendomsrecht weliswaar niet, maar kunnen bewijsproblemen wel in de weg staan aan uitoefening van het eigendomsvoorbehoud. Door middel van het bewijsrecht kan in veel gevallen echter wel tot een oplossing worden gekomen, in het bijzonder als in voorkomende gevallen genoeg wordt genomen met een iets minder stringente invulling van het individualiseringsvereiste.

In hoofdstuk 8 is de positie van de koper gedurende de periode van onzekerheid nader onderzocht, tegen de achtergrond van de verklaring voor de goederenrechtelijke werking van de vervulling van de voorwaarde. De goederenrechtelijke werking is gewaarborgd doordat de koper, ondanks de opgeschorte werking van de overdracht, terstond een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde verkrijgt. Omdat dit recht is afgesplitst van het aan de verkoper toebehorende eigendomsrecht, is het eigendomsrecht van de verkoper dienovereenkomstig beperkt. Aangezien het recht van de koper vooralsnog geen werking heeft, komen de eigenaarsbevoegdheden in beginsel toe aan de verkoper. Op grond van de voorwerkingen van de voorwaardelijke overdracht komt aan de koper echter een aantal bevoegdheden toe die ertoe strekken de onvoorwaardelijke eigendomsverkrijging bij vervulling van de voorwaarde te waarborgen. Over het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde kan de koper reeds gedurende de periode van onzekerheid beschikken. De regels die van toepassing zijn op de overdracht van de onvoorwaardelijke eigendom zijn eveneens van toepassing op de overdracht van voorwaardelijke eigendom. Bijzondere aandacht is daarbij besteed aan het causale karakter van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde, dat dit recht in menig opzicht nader vormgeeft. Een belangrijk gevolg daarvan is dat de verkrijger van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde geconfronteerd kan worden met de tussen verkoper en koper gemaakte afspraken.

Hoofdstuk 9 behandelt het eigendomsvoorbehoud bij financiering door een derde. Niet zelden is de verkoper niet in staat of niet bereid om de aanschaf van de zaak te financieren, zodat deze financiering wordt verleend door een derde. In het bijzonder is daarbij denkbaar dat aan de derde de koopprijsvoordering wordt gecedeerd en de voorbehouden eigendom wordt overgedragen. Een zodanige overdracht is nodig, omdat het voorbehouden eigendomsrecht geen afhankelijk recht of nevenrecht is, en komt niet in strijd met het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW. Vervolgens is aandacht besteed aan een aantal moeilijkheden die samenhangen met de omstandigheid dat de derde aan wie de voorbehouden eigendom wordt overgedragen geen partij is bij de koopovereenkomst tussen verkoper en koper. Ondanks het feit dat de derde geen partij is bij de koopovereenkomst, kan de koper ook een gebruiksrecht ten aanzien van de verkochte zaak geldend maken jegens deze derde, omdat dit recht niet uitsluitend voortvloeit uit de koopovereenkomst, maar ook besloten ligt in het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde bij een eigendomsvoorbehoud. De derde

kan pas overgaan tot uitoefening van het eigendomsvoorbehoud indien hij dit eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde ten val brengt door ontbinding van de koopovereenkomst. Daartoe is medewerking van de verkoper benodigd, omdat deze slechts kan overgaan tot ontbinding van de koopovereenkomst, tenzij de verkoper ook het ontbindingsrecht aan de derde heeft overgedragen.

Summary

This dissertation contains an analysis of the retention of title clause, by an exploration of the position of the clause in the system of Dutch property law. Particular attention was paid to the relationship between the retention of title clause and the prohibition of a transfer for security purposes (*fiduciaverbod*), as laid down in Section 3:84(3) of the Dutch Civil Code (DCC). With the prohibition of such transfers, the legislator sought to eliminate the concept of security ownership. Furthermore, the consequences of the retention of title clause have been reviewed against the background of the Dutch transfer system, in particular where it comes to the legal position of the buyer pending the fulfilment of the suspensive condition.

The Dutch legislator justified the rationale of the retention of title clause with two arguments: an argument as to why it is justified that the seller remains the owner and an argument as to why it is justified that the other creditors of the buyer cannot yet effect recovery from the sold item in question. Attention is paid to these two arguments respectively in Chapters 2 and 3.

Chapter 2 reviews the function of the retention of title clause and pays attention to the question why it is justified that the seller remains the owner, instead of limiting his position to the position of a holder of a security right. According to the prevailing doctrine, a retention of title clause shows tension with the prohibition of a transfer for security purposes, because a retention of title clause in effect leads to a form of security ownership and the function of the retention of title clause is in fact that of a security right. Following the justification of the Dutch legislator, it was concluded however that the position of the seller with a retention of title clause is not comparable with the position of the holder of a security right, so that the retention of title clause is not at odds with the prohibition of transfers for security purposes. By means of the retention of title clause, the basic principle of equal exchange of the obligations of the seller and buyer is maintained. Thus, the retention of title clause emphasizes the reciprocal character of the contract of sale, by maintaining the ‘quid pro quo’ principle. The retention of title clause therefore functions more like a right of suspension, with which the seller guarantees his rights in the event of termination of the contract. The retention of title clause thus provides not so much security for the payment of the purchase price, but rather security for the reversal after termination of the contract. In addition, the retention of title clause merely maintains the status quo, so that the clause does not provide the seller a special position which he did not already have prior to concluding the contract of sale.

Chapter 3 discusses the question why it is justified towards the buyer's creditors that the seller with a retention of title clause acquires a preferential position compared to the creditors of the buyer who cannot effect recovery from the sold thing in question. This preferential position of the seller is justified by the neutral effect of the clause. Because the seller obtains a preferential position only in the sold thing, the other buyer's creditors are no worse off. Because the sold thing would not belong to the buyer in the absence of the credit supplied by the seller, the other creditors of the buyer could not effect recovery from the sold thing had there been no retention of title clause at all. In other words, the retention of title clause does not harm the other creditors, because it only concerns goods that, but for the performance of the seller, would be available for the other creditors of the buyer. As is shown in Chapter 3, this justification for the preferential treatment of the unpaid seller is present in all legal systems involved in this study. There are good arguments for maintaining this preferential position of the seller with regards to proceeds of the thing that was originally sold, insofar as this preferential position is limited to the value that the seller actually contributed. This relates in particular to receivables, in the case that the buyer resells the sold thing and to any goods products that results from the thing which was originally sold. Special attention is paid to the all debts retention of title clause (expanded retention of title clause), on the basis of which the seller remains owner until other debts than the purchase price are settled (also known as cross-collateralisation clause). Such a retention of title clause can prejudice the buyer's other creditors, because the seller also preserves its preferential position, if the purchase price already has been paid. In a limited number of cases there is, however, also a justification for such a retention of title clause, i.e. if the seller supplies (similar) goods to the buyer on an ongoing basis, as otherwise it would be impossible to determine whether a specific good was already paid or not. These individualisation problems could hinder the seller in the event that he would want to exercise his rights based on the retention of title clause.

Chapter 4 deals with the structure of the retention of title clause in the Dutch transfer system. The retention of title clause has a twofold structure. Not only does the clause intend to effect that the seller remains the owner for the time being, the clause also seeks to effect that the buyer immediately, without further action, becomes the owner of the sold thing at the time that he effects the relevant counter-performance. This is realised by the parties immediately effecting a transfer subject to a suspensive condition. There is a lot of discussion in the Dutch literature regarding the construction of the retention of title as a transfer subject to a suspensive condition, in particular when it comes to explaining the source of the conditionality. The conditionality of the transfer can be explained by the suspensive condition which is attached to the obligation to transfer. On the basis of the causal system of transfer, the suspensive condition attached to the title affects the transfer itself, in such a way that the transfer is subject to the same condition. Thus, a conditional transfer is realized. In a consistent legal system such a legal consequence can, moreover, also be achieved on the basis of a suspensive condition which is attached to the real agreement (the agreement by which the transfer is immediately performed).

Chapter 5 focuses on the seller exercising his rights on the basis of the retention of title clause. Special attention is paid to the consequences of exercising the rights based on the retention of title clause for the (continued) existence of the contract of sale. As the buyer is entitled on the basis of the contract of sale to use the sold thing, it is in principle necessary that the exercise of the seller's rights on the basis of the retention of title clause coincides with termination of the contract of sale, since only the termination of the contract ends the buyer's right to use. However, it is conceivable that the parties have deviated from this basic rule, so that the seller can exercise his rights without simultaneous termination of the contract of sale.

In any event a definite exercising of the rights on the basis of the retention of title clause entails that the contract of sale is terminated. In this manner the seller releases himself from his own obligation to provide title and he brings the buyer's right of conditional ownership down, so that he becomes the unconditional owner again and can freely dispose of the sold thing in question. For that reason, the possibility of exercising the rights based on the retention of title clause by means of execution while maintaining the contract of sale, as tends to occur in Germany and Austria, is considered impossible. Lastly, attention is paid to the legal consequences of prescription of the claim for the purchase price. In that respect it has been concluded that the rule of Dutch law that the buyer becomes owner of the sold thing due to the prescription of the claim cannot be truly justified against the background of the function of the retention of title clause as maintaining the 'quid pro quo' principle.

Chapter 6 discusses the expanded retention of title clause. Such a retention of title clause states that the seller remains owner until other debts than the purchase price are settled. This type of a retention of title clause thus leads to an artificial reciprocity link, because parties have the possibility to create a relation of reciprocity between performances which are normally not reciprocal. This appears, *inter alia*, from the circumstance that under an expanded retention of title clause the seller can also terminate the contract of sale and thus can exercise his rights on the basis of the retention of title clause, if the buyer fails to satisfy other claims than the purchase price. It is also conceivable that the parties agree a retention of title clause in respect of future claims (all debts retention of title clause), so that the seller will also remain owner if at a certain time there exist no claims in the relationship between seller and buyer, but it is possible that such claims may arise again in the future.

Chapter 7 pays attention to a number of commonly occurring situations on the basis of which the seller can lose his property right pending the fulfilment of the suspensive condition. In particular, this can occur if the buyer produces a new product from the sold thing (specification), resells the sold thing, attaches the sold thing to another movable thing or to land (accession). It has been concluded that the seller's loss of property right can be justified in such cases by the rationale of these concepts, but there is no justification for the related reallocation of the value embodied in the sold thing. In particular, there are good grounds for strengthening the seller's legal position in the event of specification or resale, by giving the seller a security right with a super priority in respect of the proceeds of

the sold thing, i.e. the new created product or the receivable that arises from the resale (extended retention of title clause). The loss of the seller's rights in the case that the sold thing is attached to land is in general less easy to justify, because the loss of right here often is the result of a very broad interpretation of Section 5:20 DCC by the Dutch Supreme Court. It has been proposed to prevent this result by means of statutory intervention, on the basis of which the seller can maintain his rights despite the accession, if he registers the retention of title clause. Although the seller does not lose his rights on the basis of the retention of title clause in the event of commingling, it can be hard for the seller to exercise his rights, because he is not able to prove which of the commingled goods belong to him (individualisation requirement). By means of the law of evidence, however, a solution can in many cases be achieved, in particular if a less stringent interpretation of the individualisation requirement is accepted.

Chapter 8 further examines the buyer's position pending the fulfilment of the suspensive condition, against the background of the explanation of the proprietary effect of the fulfilment of the condition. This effect, as a result of which the buyer immediately, without further action, becomes the owner of the sold thing at the time that the condition is fulfilled, is guaranteed because the buyer, despite the suspended effect of the transfer, immediately acquires a conditional right of ownership, that is subject to the same suspensive condition as the transfer. As this right is split from the right of ownership belonging to the seller, the seller's right is limited accordingly. As the buyer's right is conditional and thus does not have effect pending the fulfilment of the suspensive condition, the seller can in principle exercise the powers belonging to the owner. On the basis of the preliminary effects of the conditional transfer, the buyer, however, has a number of powers which purport to guarantee the unconditional acquisition of ownership upon satisfaction of the conditions. The buyer can transfer his conditional ownership right already pending the fulfilment of the condition. The rules which apply to the transfer of a 'normal' (i.e. unconditional) right of ownership also apply to the transfer of this conditional right. Special attention is paid to the causal character of this conditional right, which affects this right in many ways. An important consequence of this causal character is that a buyer's successor who acquires or has acquired this conditional right can be confronted with the agreements made between the seller and the buyer.

Chapter 9 deals with the retention of title clause in the event of third party financing. It frequently occurs that the seller is unable or unwilling to finance the acquisition of the sold thing, so that the acquisition is financed by a third party. In this respect, it is especially conceivable that the claim for the purchase price is assigned to the third party, along with transfer of the seller's rights on the basis of the retention of title clause. Such a transfer is necessary because the seller's right of ownership is not an accessory right, and does not conflict with the prohibition of transfers for security purposes of Section 3:84(3) DCC. Attention is then paid to a number of difficulties which are related to the circumstance that the third party to whom the right of ownership is transferred is not a party to the contract of sale

between the seller and the buyer. Despite the fact that the third party is not a party to the contract of sale, the buyer can also enforce his right to use the sold thing against such a third party, because this right is not only based on the contract of sale, but also is embodied in the buyer's conditional right of ownership. As a result, the third party can only exercise the transferred right of ownership if the third party brings the buyer's right of conditional ownership down by termination of the contract of sale. This requires the seller's cooperation, as only the seller can terminate the contract of sale in his capacity of party to the contract of sale, unless the seller has also transferred the right to terminate the contract to the third party.

Zusammenfassung

Diese Dissertation analysiert die dogmatische Struktur des Eigentumsvorbehalts durch Einordnung dieser Rechtsfigur in das niederländische vermögensrechtliche System. In diesem Zusammenhang ist insbesondere das Verhältnis zwischen dem Eigentumsvorbehalt und dem Verbot einer Sicherungsübertragung nach Artikel 84 Absatz 3 von Buch 3 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches (BW) untersucht worden, mit dem der niederländische Gesetzgeber die Rechtsfigur des Sicherungseigentums unmöglich machen wollte. Daneben sind die Rechtsfolgen des Eigentumsvorbehalts im Rahmen der bedingten Übertragung überprüft worden, insbesondere in Bezug auf die Rechtsstellung des Käufers während der Schwebezeit.

Der niederländische Gesetzgeber hat zwei Argumente für die Daseinsberechtigung des Eigentumsvorbehalts angeführt. Es sei zum einen gerechtfertigt, dass der Verkäufer zunächst Eigentümer bleibt und zum zweiten, dass die anderen Gläubiger des Käufers dadurch nicht auf die verkaufte Sache zugreifen können. Auf diese beiden Argumente wird im zweiten und dritten Kapitel eingegangen.

Im zweiten Kapitel ist die Funktion des Eigentumsvorbehalts analysiert worden, und es wurde die Frage erörtert, weshalb es gerechtfertigt sei, dass der Verkäufer Volleigentümer bleibt und nicht nur ein Pfandrecht vorbehalten kann. Der niederländischen herrschenden Lehre zufolge steht der Eigentumsvorbehalt im Widerspruch zu dem Verbot der Sicherungsübertragung, weil der Eigentumsvorbehalt den Zahlungsanspruch des Verkäufers sichert und deshalb nur Sicherungsfunktion hat. Im Anschluss an die Rechtfertigung des niederländischen Gesetzgebers ist in dieser Dissertation hingegen dargelegt worden, dass der Eigentumsvorbehalt nicht die Funktion des Pfandrechts oder der Sicherungsübereignung habe, sodass der Eigentumsvorbehalt nicht dem Verbot einer Sicherungsübereignung widerspricht. Der Eigentumsvorbehalt führt zu einer synallagmatischen Verknüpfung der beiderseitigen Leistungspflichten, womit das Zug-um-Zug-Prinzip aufrechterhalten bleibt, obwohl die verkaufte Sache bereits übergeben wird. In dieser Funktion sichert der Eigentumsvorbehalt nicht den Kaufpreisanspruch des Verkäufers, sondern den Rückgewähranspruch des Verkäufers nach Rücktritt vom Kaufvertrag. Damit hat der Eigentumsvorbehalt die Funktion der *exceptio non adimpleti contractus*, wodurch die Rechte des Verkäufers im Rücktrittsfall gewährleistet werden. Zudem erhält der Eigentumsvorbehalt nur den Status quo aufrecht, sodass der Eigentumsvorbehalt dem Verkäufer keine Stellung verschafft, die er nicht auch schon vor Abschluss des Kaufvertrages hat.

Im dritten Kapitel ist untersucht worden, weshalb diese Vorrangstellung des Vorbehaltsverkäufers vor den übrigen Gläubigern des Käufers auch haftungsrechtlich zu rechtfertigen ist. Der Grund dafür ist die haftungsrechtliche Neutralität des Eigentumsvorbehalts. Weil die verkaufte Sache ohne die Kreditgewährung durch den Verkäufer nicht in das Vermögen des Käufers gelangt wäre, hätten die übrigen Gläubiger des Käufers auch nicht auf die Sache zugreifen können, da ohne den mit der Kreditgewährung notwendigerweise verbundenen Eigentumsvorbehalt auch die Kreditgewährung unterblieben wäre. Es hat sich gezeigt, dass diese Rechtfertigung für die Vorrangstellung des Verkäufers auch in den anderen untersuchten Rechtsordnungen angeführt wird. Aufgrund dieser Legitimation ist es auch gerechtfertigt, dass der Vorrang des Verkäufers sich gleichfalls auf die wertmäßigen Surrogate für die Vorbehaltssache (verlängerter Eigentumsvorbehalt) erstreckt, wenn und soweit der Vorrang auf den Wert der in diesen Surrogaten verkörperten Vorbehaltssache begrenzt ist. Es handelt sich bei diesen Surrogaten insbesondere um die Wiederverkaufsforderung des Vorbehaltskäufers gegen einen Abnehmer und die nach Verarbeitung der Vorbehaltssache neu entstandene Sache. Dem erweiterten Eigentumsvorbehalt wurde besondere Aufmerksamkeit gewidmet, da der Eigentumsvorbehalt in diesem Fall haftungsrechtlich nicht neutral ist, weil der Verkäufer auch nach Eintritt des Erweiterungsfalles Eigentümer der Sache bleibt. Dennoch lässt sich auch der erweiterte Eigentumsvorbehalt unter Umständen haftungsrechtlich rechtfertigen, und zwar dann, wenn der Verkäufer ständig derartige Sachen liefert. In dem Fall könnte der Verkäufer ohne die Erweiterung des Eigentumsvorbehalts nämlich nicht nachweisen, welche der verkauften Sachen unbezahlt geblieben sind.

Das vierte Kapitel behandelt die Konstruktion des Eigentumsvorbehalts. Die Struktur des Eigentumsvorbehalts ist zweigliedrig. Mit dem Eigentumsvorbehalt ist nicht nur beabsichtigt, dass der Verkäufer vorerst Eigentümer der Sache bleibt, sondern auch, dass der Käufer mit Bedingungseintritt automatisch Eigentümer wird, sobald er den Kaufpreis begleicht. Dieses Ziel wird dadurch erreicht, dass die Sache oft bedingt übertragen wird. Durch die dingliche Wirkung des Bedingungseintritts ist gewährleistet, dass der Käufer mit Bedingungseintritt auch Eigentümer wird. In diesem Zusammenhang spielt Artikel 91 von Buch 3 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches eine zentrale Rolle. Weil die Lieferung der Sache nach niederländischem Recht normalerweise Verschaffung des Eigenbesitzes (*bezit*) erfordert, hat der Gesetzgeber diese Sonderbestimmung für die aufschiebend bedingte Übertragung aufgenommen, weil der Käufer aufgrund der aufschiebend bedingten Übertragung nur Fremdbesitzer (*houder*) wird. Artikel 91 von Buch 3 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches, der lediglich die Verschaffung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erfordert, ermöglicht es, direkt das Erfordernis einer Lieferung zu erfüllen, wodurch auch direkt eine bedingte Übereignung zustande kommen kann.

In der niederländischen Literatur ist die Konstruktion des Eigentumsvorbehalts umstritten. Ungeklärt ist die Frage, wie die aufschiebende Bedingtheit des Eigentumsübergangs zu erklären ist. Diese Bedingtheit lässt sich durch die Bedingtheit der der Übertragung zugrunde liegenden *causa* erklären. Die

Bedingtheit der *causa* setzt sich, aufgrund des im niederländischen Recht geltenden Kausalprinzips durch auf die Übertragung, der sie zugrunde liegt. Folglich bewirkt die bedingte *causa* eine Übertragung unter derselben Bedingung. In einer konsequenten Systematik soll Entsprechendes für eine bedingte Einigung (den sogenannten dinglichen Vertrag) gelten, und zwar in dem Sinne, dass die bedingte Einigung zu einer Übertragung unter derselben Bedingung führt.

Im fünften Kapitel sind die Folgen der Rücknahme der Vorbehaltssache durch den Verkäufer untersucht worden, und zwar insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis von Rücknahme zu (eventuellem) Fortbestand des Kaufvertrages. Weil der Käufer aufgrund des Kaufvertrages zum Besitz der Vorbehaltssache berechtigt ist, muss der Verkäufer grundsätzlich gleichzeitig vom Vertrag zurücktreten. Es ist durchaus denkbar, dass Verkäufer und Käufer eine abweichende Vereinbarung getroffen haben, sodass auch eine Rücknahme ohne Rücktritt möglich ist. Trotzdem muss auch in einem solchen Fall die endgültige Rücknahme der Kaufsache mit dem Rücktritt vom Kaufvertrag einhergehen. Dadurch befreit der Verkäufer sich von seiner Eigentumsverschaffungspflicht und entfällt das bedingte Eigentumsrecht des Käufers, wodurch der Verkäufer wieder unbedingter Eigentümer der Vorbehaltssache wird und ungehindert über die Sache verfügen kann. Aus diesen Gründen ist eine Verwertung der Vorbehaltssache unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrages, wie im deutschen und österreichischen Recht geschieht, nicht möglich, da die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers weiter bestehen bleiben würde und der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer weiter zur Verfügen halten sollte. Zudem würde der Verkäufer das bedingte Eigentumsrecht des Käufers verletzen. Zum Schluss sind die Ansprüche des Verkäufers nach Verjährung der Kaufpreisforderung untersucht worden. In dem Zusammenhang ist dargelegt, dass die Rechtsfolgen im niederländischen Recht, und zwar der Eigentumserwerb des Käufers, nicht zu rechtfertigen sind, weil diese Konsequenz gegen das Zug-um-Zug-Prinzip verstößt und den nicht zahlenden Käufer belohnt. Überzeugender ist die Lösung des deutschen Rechts, in dem der Verkäufer auch nach Verjährung der Kaufpreisforderung vom Vertrag zurücktreten kann und die Kaufsache zurückfordern kann.

Im sechsten Kapitel steht der erweiterte Eigentumsvorbehalt im Mittelpunkt. Ein solcher Eigentumsvorbehalt liegt vor, wenn das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung der gleichzeitigen Bezahlung anderer Forderungen übertragen wird. Der erweiterte Eigentumsvorbehalt führt damit zu einem künstlichen Synallagma, weil ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Leistungen geschaffen wird, die normalerweise nicht gegenüber einander stehen. Dies zeigt sich zum Beispiel dadurch, dass der Verkäufer auch vom Kaufvertrag zurücktreten kann, wenn der Käufer nur andere Forderungen als die Kaufpreisforderung nicht beglichen hat, sodass er die Kaufsache zurücknehmen kann. Auch die Vereinbarung eines (echten oder unechten) Kontokorrentvorbehalts ist möglich, wodurch der Verkäufer auch Eigentümer der Sache bleibt, wenn zu einem bestimmten Zeitpunkt keine Forderungen bestehen, in der Zukunft jedoch neue Forderungen entstehen können. In dem Artikel 92 Absatz 2 von Buch 3 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches hat der niederländische Gesetzgeber diese Möglichkeit allerdings auf Forderungen mit einem Sachzusammenhang mit dem Kaufvertrag beschränkt.

Das siebte Kapitel behandelt einige häufig vorkommende Situationen, in der der Verkäufer sein Vorbehaltseigentum während der Schwebezeit verlieren kann. Es handelt sich dabei an erster Stelle um Verarbeitung, Wiederverkauf und Verbindung mit einer beweglichen oder unbeweglichen Sache. Es hat sich gezeigt, dass sich der Eigentumsverlust des Verkäufers in diesen Fällen durch die Normzwecke, die diesen Rechtsfiguren zugrunde liegen, rechtfertigen lässt. So kann der Eigentumsverlust im Verarbeitungsfall dadurch gerechtfertigt werden, dass der Eigentumserwerb der neuen Sache durch den Verkäufer im Widerspruch zum Verbot einer Sicherungsübertragung stehen würde, da der Verkäufer in Hinblick auf die neue Sache nur ein Sicherungsinteresse hat. Die damit verbundene Neuverteilung des in der Vorbehaltssache verkörperten Werts lässt sich hingegen nicht rechtfertigen. Deswegen wurde eine Privilegierung des Verkäufers befürwortet und vorgeschlagen, einem zugunsten des Verkäufers begründeten Pfandrecht an der neuen Sache oder der Wiederverkaufsforderung einen höheren Rang zuzusprechen (Vorrang des verlängerten Eigentumsvorbehalts in Form eines Pfandrechts wegen des Funktionswandels des Eigentumsvorbehalts nach Verlängerung).

Im achten Kapitel ist die Rechtsstellung des Käufers während der Schwebezeit untersucht worden. Ausgangspunkt war dabei die Erklärung für die dingliche Wirkung des Bedingungseintritts. Diese dingliche Wirkung ist nach niederländischem Recht dadurch gewährleistet, dass der Käufer aufgrund der bedingten Übertragung sofort ein aufschiebend bedingtes Eigentumsrecht erwirbt. Dieses aufschiebend bedingte Eigentumsrecht ist vom Eigentumsrecht des Verkäufers abgespalten, der dadurch nur noch auflösend bedingter Eigentümer ist. Da der Verkäufer nur noch auflösend bedingter Eigentümer ist, kann er während der Schwebezeit nicht zulasten des Käufers über die Sache verfügen. Weil das Eigentumsrecht des Käufers aufschiebend bedingt ist, sind die Befugnisse des Eigentümers während der Schwebezeit mit dem Eigentumsrecht des Verkäufers verbunden. Dennoch hat der Käufer aufgrund der Vorwirkungen der bedingten Übereignung jedoch bereits während der Schwebezeit schon einige Befugnisse, mit denen der Käufer den Eigentumserwerb bei Bedingungseintritt sicherstellen kann. Außerdem kann er schon während der Schwebezeit über sein bedingtes Eigentumsrecht verfügen, und zwar insbesondere durch Verpfändung dieses Rechts. Der Kausalabhängigkeit des bedingten Eigentumsrechts ist in diesem Zusammenhang besondere Aufmerksamkeit gewidmet, da diese Abhängigkeit das aufschiebend bedingte Eigentumsrecht in vielfacher Hinsicht prägt. Eine wichtige Konsequenz dieser Kausalabhängigkeit ist, dass ein Dritterwerber des aufschiebend bedingten Eigentumsrechts gewisse Auswirkungen auf das bedingte Eigentumsrecht hinnehmen muss, und zwar insbesondere den Rücktritt vom Kaufvertrag durch den Verkäufer.

Das neunte Kapitel erörtert den Eigentumsvorbehalt bei drittfinanziertem Kauf. Nicht selten ist der Verkäufer nicht in der Lage oder nicht gewillt, die Anschaffung der verkauften Sache zu finanzieren, sodass ein Dritter die Anschaffungsfinanzierung gewährt oder übernimmt. Häufig tritt die Situation ein, in der der Verkäufer die Kaufpreisforderung abtritt und dem Dritten gleichzeitig die

Vorbehaltssache überträgt. Eine solche Übertragung ist notwendig, weil der Vorbehaltseigentum kein Nebenrecht ist. Sie steht nicht im Widerspruch zum Verbot der Sicherungsübertragung nach niederländischem Recht, weil der Eigentumsvorbehalt durch die Übertragung auf den Dritten keinen Bedeutungswandel erfährt. Der Eigentumsvorbehalt sichert immer noch lediglich den Rückgewähranspruch im Rücktrittsfall. Anschließend wurden die Rechtsfolgen dieser Übertragung untersucht, und zwar insbesondere in Bezug auf die Rechte des Käufers. Obwohl der Dritte, dem der Verkäufer die Vorbehaltssache überträgt, normalerweise nicht in den Kaufvertrag eintritt, hat der Käufer auch dem Dritten gegenüber ein Recht zum Besitz, weil das Recht zum Besitz nicht nur auf dem Kaufvertrag beruht, sondern auch aus dem aufschiebend bedingten Eigentumsrecht des Käufers hervorgeht, das dinglichen Charakter hat. Demzufolge kann der Dritte die Kaufsache nur zurücknehmen, nachdem er das bedingte Eigentumsrecht durch Rücktritt vom Vertrag zerbricht. Da der Dritte nicht Partei des Kaufvertrages ist, kann nur der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten, es sei denn, dass der Verkäufer dem Dritten auch das Rücktrittsrecht übertragen hat.

Rechtspraakregister

Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJEG 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:683
(*Commissie/Italië*) 1.3

Nederland

Hoge Raad

HR 11 december 1863, *W.* 2549 9.4
HR 17 maart 1882, *W.* 7459 7.4.2.1
HR 12 februari 1885, *W.* 5146 4.8.2
HR 5 april 1889, *W.* 5698 7.4.2.1
HR 9 december 1898, *W.* 7216 8.5.4
HR 20 april 1900, *W.* 7435 7.3.2.1
HR 31 december 1909, *W.* 8957
(*Op den Ende/De Haan Hugenholtz q.q.*) 8.9.3
HR 7 februari 1913, *NJ* 1913, p. 471 (*Aardbeienmandjes*) 7.3.3
HR 8 februari 1918, *NJ* 1918, p. 336 2.7
HR 18 juni 1926, *NJ* 1926, p. 1078 m.nt. E.M. Meijers 5.6
HR 8 februari 1929, *NJ* 1929, p. 882 m.nt. P. Scholten 7.4.2.1
HR 9 december 1932, *NJ* 1933, p. 300 m.nt. E.M. Meijers 5.2
HR 16 maart 1933, *NJ* 1933, p. 790 m.nt. E.M. Meijers
(*Dordrechtse Autogarage*) 9.6
HR 20 december 1934, *NJ* 1935, p. 708 m.nt. P. Scholten 7.4.2.1
HR 26 maart 1936, *NJ* 1936, 757 m.nt. P. Scholten
(*Sleepboot Egbertha*) 7.5
HR 10 juni 1938, *NJ* 1939, 411 m.nt. P. Scholten 4.8.2
HR 22 december 1939, *NJ* 1940, 304 m.nt. P. Scholten. 7.4.2.1
HR 3 januari 1941, *NJ* 1941, 470 m.nt. P. Scholten
(*Hazerswoude/Los*) 6.5.2, 9.5
HR 22 januari 1942, *NJ* 1942, 289 (*Kouman/Horsten q.q.*) 9.4
HR 5 mei 1950, *NJ* 1951, 1 m.nt. D.J. Veegens
(*Damhof/Staat*) 4.8.2
HR 27 juni 1952, *NJ* 1953, 60 4.8.2
HR 22 mei 1953, *NJ* 1954, 189 m.nt. J. Drion (*Sio*) 4.8.2

HR 25 juni 1954, <i>NJ</i> 1955, 685 m.nt. D.J. Veegens (<i>Doorverkochte rogge</i>)	3.6.2, 3.6.3, 7.3.2.3
HR 4 maart 1955, <i>NJ</i> 1955, 301	8.5.4
HR 7 maart 1958, <i>NJ</i> 1958, 278 (<i>Claassen/Schattenkerk</i>)	9.7
HR 17 juni 1960, <i>NJ</i> 1962, 60 (<i>Helmig/Smit q.q.</i>)	8.9.6
HR 6 januari 1961, <i>NJ</i> 1962, 19 m.nt. L.E.H. Rutten (<i>Seneca/Forumbank</i>)	2.10
HR 25 mei 1962, <i>NJ</i> 1962, 256	8.4.1
HR 19 juni 1964, <i>NJ</i> 1965, 341 m.nt. J.H. Beekhuis (<i>Van Reekum/Haars q.q.</i>)	9.7
HR 12 januari 1968, <i>NJ</i> 1968, 274 m.nt. H. Drion (<i>Teixeira de Mattos</i>)	7.3.2.1, 7.4, 7.4.2.1
HR 6 maart 1970, <i>NJ</i> 1970, 433 m.nt. Ph.A.N. Houwing (<i>Van Wessem q.q./Traffic</i>)	2.12, 3.4.4
HR 12 juni 1970, <i>NJ</i> 1971, 203 m.nt. Ph.A.N. Houwing (<i>Philippens/OMSA</i>)	2.10
HR 8 juni 1973, <i>NJ</i> 1974, 346 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Nationaal Grondbezit/Kamphuis</i>)	8.11, 8.12
HR 7 maart 1975, <i>NJ</i> 1976, 91 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Van Gend en Loos</i>)	3.4.4
HR 10 februari 1978, <i>NJ</i> 1979, 338 (<i>Nieuwe Matex</i>)	7.4.1
HR 16 maart 1979, <i>NJ</i> 1980, 600 m.nt. B. Wachter (<i>Radio Holland</i>)	7.5
HR 29 juni 1979, <i>NJ</i> 1980, 133 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Hoogovens/Matex</i>)	2.10
HR 5 oktober 1979, <i>NJ</i> 1980, 280 m.nt. W.H. Heemskerk en F.H.J. Mijnsen (<i>Ontvanger/Ametagro</i>)	3.4.3
HR 3 oktober 1980, <i>NJ</i> 1981, 60 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Ontvanger/Schriks q.q.</i>)	3.4.3, 9.3, 9.4
HR 8 januari 1981, <i>NJ</i> 1981, 656 m.nt. F.H.J. Mijnsen (<i>Honeywell Bull/Ontvanger</i>)	3.4.3
HR 5 december 1986, <i>NJ</i> 1987, 745 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Gescheurde orchideeën</i>)	7.2
HR 28 april 1989, <i>NJ</i> 1990, 252 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Puinbreker</i>)	8.2.4
HR 15 december 1989, <i>NJ</i> 1990, 310	5.5
HR 22 december 1989, <i>NJ</i> 1990, 661 m.nt. P. van Schilfgaarde (<i>Tiethoff q.q./NMB</i>)	8.9.3
HR 5 oktober 1990, <i>NJ</i> 1992, 226 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Breda/Antonius</i>)	7.2.1
HR 15 maart 1991, <i>NJ</i> 1992, 605 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Veenendaal q.q./Hogeslag</i>)	8.9.3
HR 7 juni 1991, <i>NJ</i> 1991, 708 (<i>Bankmanager</i>)	5.6

HR 8 juli 1991, <i>NJ</i> 1991, 778 m.nt. M.M. Mendel	7.3.3
HR 15 november 1991, <i>NJ</i> 1993, 316 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Dépex/Curatoren van Bergel</i>)	7.5, 7.6
HR 24 januari 1992, <i>NJ</i> 1992, 280 (<i>Van Aken/Heideman</i>)	8.6.1
HR 24 april 1992, <i>NJ</i> 1992, 463 (<i>Heidenreich/Alcredis</i>)	9.4
HR 14 februari 1992, <i>NJ</i> 1993, 623 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Love Love</i>)	8.12
HR 15 januari 1993, <i>NJ</i> 1993, 193 (<i>Oosterhuis/Buitenhuis</i>)	5.4
HR 18 februari 1994, <i>NJ</i> 1994, 462 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.</i>)	9.2, 9.3, 9.4
HR 24 maart 1995, <i>NJ</i> 1996, 158 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Hollander's Kuikenbroederij</i>)	4.8.2, 8.5.3
HR 19 mei 1995, <i>NJ</i> 1996, 119 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Keereweer q.q./Sogelease</i>)	3.4.3, 5.8.1, 6.6, 7.2.3, 9.2, 9.5
HR 4 december 1998, <i>NJ</i> 1999, 549 m.nt. W.M. Kleijn (<i>Potharst/Serrée</i>)	2.4, 6.3.1, 6.3.2
HR 12 januari 2001, <i>NJ</i> 2002, 371 m.nt. H.J. Snijders (<i>Koren q.q./Tekstra q.q.</i>)	8.4.3
HR 11 mei 2001, <i>NJ</i> 2001, 364	7.3.3
HR 13 juli 2001, <i>NJ</i> 2001, 506 (<i>Turkse verloving</i>)	4.4.1
HR 11 februari 2002, <i>NJ</i> 2003, 255 (<i>Schwarz/Gnjatovic</i>)	8.9.1
HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406	5.6
HR 18 november 2005, <i>NJ</i> 2006, 151 (<i>BTL Lease/Van Summeren</i>)	6.3.2, 6.6, 7.2.3
HR 28 april 2006, <i>NJ</i> 2006, 503 m.nt. P. van Schilfgaarde (<i>Huijzer q.q./Rabobank</i>)	8.9.3
HR 10 oktober 2008, <i>NJ</i> 2009, 1 (<i>Duijf/Bolt</i>)	8.11
HR 17 oktober 2008, <i>NJ</i> 2009, 92 m.nt. P. van Schilfgaarde (<i>Ontvanger/Singulus</i>)	3.4.3
HR 5 februari 2010, <i>NJ</i> 2010, 294 (<i>Rodewijk/Bouwman</i>)	8.11
HR 17 december 2010, <i>NJ</i> 2011, 291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (<i>Zaunbrecher/Roelfsema</i>)	8.11
HR 14 januari 2011, <i>NJ</i> 2012, 88, m.nt. F.M.J. Verstijlen (<i>Mesdag II</i>)	7.3.1, 8.12
HR 8 juli 2011, <i>NJ</i> 2012, 684 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (<i>G4/Hanzevast</i>)	5.2, 5.4
HR 9 september 2011, <i>NJ</i> 2012, 312 m.nt. F.M.J. Verstijlen (<i>Muller q.q./Hoogheemraadschap</i>)	8.11
HR 26 oktober 2012, <i>NJ</i> 2013, 219 m.nt. M.M. Mendel (<i>Reaal/Athlon</i>)	8.5.4
HR 9 november 2012, <i>NJ</i> 2013, 510 m.nt. H.J. Snijders (<i>ABN AMRO Lease/Ontvanger</i>)	3.4.3, 6.5.2
HR 18 januari 2013, <i>NJ</i> 2013, 317 m.nt. M.R. Mok	5.6

HR 28 november 2014, <i>NJ</i> 2016, 90 m.nt. H.J. Snijders (<i>Snippers q.q./Rabobank</i>)	8.2.4, 8.2.6, 8.9, 8.9.6
HR 14 augustus 2015, <i>NJ</i> 2016, 263 m.nt. H.J. Snijders (<i>Zalco</i>)	7.4.2.2, 8.5.3
HR 12 februari 2016, <i>AA</i> 2016, p. 363 m.nt. W.H. van Boom	5.8.2
HR 3 juni 2016, <i>NJ</i> 2016, 290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (<i>Rabobank/Reuser</i>)	4.4.1, 4.8.3.4, 8.2.3, 8.2.5, 8.2.6, 8.3.1, 8.3.2, 8.4.2, 8.5.3, 8.6.1, 8.7, 8.9, 8.9.1, 8.9.2, 8.9.3, 8.9.6, 8.10.1, 8.10.2, 8.12.2, 9.4

Gerechtshof

Hof Arnhem 4 maart 2008, <i>JOR</i> 2008, 176 m.nt. A. Steneker	6.2
Hof 's-Gravenhage 5 februari 2015, <i>JOR</i> 2015, 53	8.4.4

Rechtbank

Rb. Noord-Nederland 12 oktober 2015, <i>JOR</i> 2016, 321 m.nt. N.E.D. Faber	9.4
Rb. 's-Gravenhage 18 mei 2016, <i>JOR</i> 2016, 285 m.nt. J.B. Spath	8.5.3

Overig

Bindend Advies, 10 mei 1966, <i>NJ</i> 1968, 275	7.3.2.1
Bindend Advies 1 augustus 1982, <i>S&S</i> 1983, 43	7.3.3

Duitsland*Reichsgericht*

RG 4 oktober 1907, <i>RGZ</i> 66, 344	5.6
RG 17 december 1909, <i>RGZ</i> 72, 310	4.8.3.2
RG 4 april 1933, <i>JW</i> 1933, 1764	8.3.3
RG 15 maart 1935, <i>RGZ</i> 147, 321	3.4.4, 6.3.3
RG 1 juli 1942, <i>RGZ</i> 170, 1	8.5.4

Bundesgerichtshof

BGH 21 mei 1953, <i>NJW</i> 1953, 1099	8.5.1
BGH 24 mei 1954, <i>NJW</i> 1954, 1325	5.5
BGH 10 november 1954, <i>NJW</i> 1955, 64	5.6
BGH 24 november 1954, <i>NJW</i> 1955, 139	5.6
BGH 5 januari 1955, <i>NJW</i> 1955, 544	8.2.3
BGH 19 januari 1955, <i>NJW</i> 1955, 499	4.8.4
BGH 8 oktober 1955, <i>NJW</i> 1955, 1793	7.5
BGH 22 februari 1956, <i>JZ</i> 1956, 413	8.9.2
BGH 3 maart 1956, <i>NJW</i> 1956, 788	7.2
BGH 25 januari 1957, VI ZR 319/55	8.5.4
BGH 16 december 1957, <i>NJW</i> 1958, 417	3.6.2
BGH 20 mei 1958, <i>NJW</i> 1958, 1231	3.5, 6.3.3
BGH 23 mei 1958, <i>NJW</i> 1958, 1281	7.3.1
BGH 30 mei 1958, <i>NJW</i> 1958, 1286	4.8.3.2, 4.8.4, 8.2.3
BGH 3 juni 1958, <i>NJW</i> 1958, 1534	7.4.2.1
BGH 24 juni 1958, VIII ZR 204/57	4.8.3.2
BGH 24 juni 1958, <i>NJW</i> 1958, 1133	8.9.2, 8.11
BGH 30 april 1959, <i>NJW</i> 1959, 1533	3.6.3, 7.3.2.1
BGH 2 februari 1960, <i>NJW</i> 1960, 1003,	3.6.3
BGH 30 mei 1960, <i>NJW</i> 1960, 1712	6.3.3
BGH 9 juni 1960, <i>NJW</i> 1960, 1716,	3.6.3
BGH 27 juni 1960, <i>NJW</i> 1960, 1568	5.8.1
BGH 24 januari 1961, <i>NJW</i> 1961, 1011	2.7, 5.9
BGH 30 oktober 1961, VII ZR 157/60,	3.6.3
BGH 23 oktober 1963, <i>NJW</i> 1964, 149	3.6.2
BGH 15 juni 1964, <i>NJW</i> 1964, 1788	3.5, 9.3, 9.4
BGH 19 oktober 1966, <i>NJW</i> 1967, 34	7.2
BGH 18 december 1967, <i>NJW</i> 1968, 493	8.2.3
BGH 14 februari 1968, <i>NJW</i> 1968, 885	3.5
BGH 24 april 1968, <i>NJW</i> 1968, 1516	3.6.2, 3.6.3
BGH 6 november 1968, <i>NJW</i> 1969, 318,	3.6.3
BGH 4 juni 1969, VIII ZR 163/67	9.5
BGH 12 juni 1969, VII ZR 13/67,	3.6.3
BGH 26 mei 1970, VI ZR 48/69,	3.6.3
BGH 1 juli 1970, <i>NJW</i> 1970, 1733	2.7, 3.4.2, 5.2, 5.6, 5.9
BGH 11 november 1970, <i>NJW</i> 1971, 799	8.5.4
BGH 12 november 1970, <i>NJW</i> 1971, 372,	3.6.3
BGH 10 februari 1971, <i>NJW</i> 1971, 799	2.11, 6.5.2
BGH 24 maart 1971, <i>NJW</i> 1971, 1038	8.12.1, 8.12.2
BGH 5 mei 1971, <i>NJW</i> 1971, 1453	9.4

BGH 1 juni 1973, <i>NJW</i> 1973, 1793	9.7
BGH 7 maart 1974, <i>NJW</i> 1974, 942,	3.6.3
BGH 14 mei 1975, <i>NJW</i> 1975, 1226	3.6.2
BGH 23 november 1977, <i>NJW</i> 1978, 632	3.5, 3.5.2.2, 6.3.3
BGH 7 december 1977, <i>NJW</i> 1978, 417	2.7, 5.9
BGH 17 mei 1978, <i>NJW</i> 1978, 1632	3.6.1
BGH 9 november 1978, <i>NJW</i> 1979, 365	3.6.1, 3.6.3
BGH 9 november 1978, <i>NJW</i> 1979, 371,	3.6.3
BGH 31 januari 1979, <i>NJW</i> 1979, 376	7.4.1
BGH 24 oktober 1979, <i>NJW</i> 1980, 175	8.4.5, 8.9.6
BGH 20 november 1980, <i>NJW</i> 1981, 816	3.6.2
BGH 30 april 1982, <i>NJW</i> 1982, 1639	8.2.3
BGH 13 juli 1983, <i>NJW</i> 1983, 2502,	3.6.3
BGH 10 oktober 1984, <i>NJW</i> 1985, 376	8.12.2
BGH 20 maart 1985, <i>NJW</i> 1985, 1836	3.6.2, 6.3.3
BGH 21 juni 1985, <i>NJW</i> 1985, 2640	9.7
BGH 9 juli 1986, <i>NJW</i> 1986, 2948	6.5.2
BGH 8 oktober 1986, <i>NJW</i> 1987, 487	3.6.2, 3.6.3
BGH 15 juni 1989, <i>NJW</i> 1989, 3213	7.2
BGH 13 juni 1990, <i>NJW-RR</i> 1990, 1525	3.6.2
BGH 27 september 1990, <i>NJW</i> 1991, 1480	7.2
BGH 18 april 1991, <i>NJW</i> 1991, 2144,	3.6.3
BGH 8 oktober 1992, <i>NJW-RR</i> 1993, 243	5.8.1
BGH 2 december 1992, <i>NJW</i> 1993, 533	3.6.2
BGH 9 februari 1994, <i>NJW</i> 1994, 1154	6.3.3
BGH 21 september 1994, <i>NJW</i> 1994, 3227	4.8.3.1
BGH 16 maart 1995, <i>NJW</i> 1995, 1668,	3.6.3
BGH (GrS) 27 november 1997, <i>NJW</i> 1998, 671	3.6.2, 6.3.3
BGH 8 december 1998, <i>NJW</i> 1999, 940,	3.6.3
BGH 21 april 1999, <i>NJW</i> 1999, 2588,	3.6.3
BGH 6 april 2000, <i>NJW-RR</i> 2000, 1154	3.6.2
BGH 27 september 2000, <i>NJW</i> 2001, 292	3.5
BGH 20 november 2003, <i>NJW-RR</i> 2004, 340	3.6.1
BGH 14 juli 2004, <i>NJW</i> 2005, 1192.	3.6.3
BGH 15 juli 2004, <i>NJW</i> 2004, 3185	6.4
BGH 19 december 2007, <i>NJW-RR</i> 2008, 818	5.2
BGH 27 maart 2008, <i>NJW</i> 2008, 1803	2.7, 9.2, 9.5
BGH 17 juni 2009, <i>NJW-RR</i> 2009, 1329	7.3.3
BGH 23 september 2010, <i>NJW</i> 2010, 3578	7.4.2.1
BGH 17 maart 2011, <i>NJW</i> 2011, 1506	3.6.2
BGH 8 mei 2014, <i>NJW</i> 2014, 2358	2.7, 9.5, 9.7

Oberlandesgericht

OLG Celle 18 januari 1952, <i>NJW</i> 1952, 306	3.6.3
OLG Oldenburg 24 mei 1977, <i>NJW</i> 1977, 1780	4.8.3.2
OLG Frankfurt 11 september 1980, <i>NJW</i> 1981, 130	3.5
OLG Koblenz 14 april 1989, <i>NJW-RR</i> 1989, 1459	3.5
OLG Hamm 9 oktober 2001, 21 U 6/01	3.6.2
OLG Düsseldorf 16 januari 2013, <i>NZI</i> 2013, 303	4.8.4

Landesgericht

LG Braunschweig 27 januari 1981, <i>ZIP</i> 1981, 876	3.5
LG Bonn 21 april 1993, <i>ZIP</i> 1993, 692	3.6.2

Oostenrijk

Oberster Gerichtshof

OGH 10 september 1935, zaaknr. 3Ob552/35, <i>JBl.</i> 1935, 494 m.nt. H. Klang	5.9
OGH 6 juli 1937, <i>SZ</i> 19/213	9.3
OGH 31 januari 1962, zaaknr. 3Ob465/61	9.3, 9.4
OGH 10 januari 1968, <i>JBl.</i> 1969, 389	3.5
OGH 3 april 1968, zaaknr. 3Ob37/68	8.9.1
OGH 28 oktober 1971, zaaknr. 1Ob284/71	5.2, 5.4
OGH 22 februari 1972, zaaknr. 8Ob17/72	8.2.7, 8.5.4
OGH 27 oktober 1972, zaaknr. 6Ob203/72	8.2.7, 8.11
OGH 4 april 1973, zaaknr. 1Ob40/73	3.5
OGH 15 november 1976, <i>JBl.</i> 1977, 261	3.6.2
OGH 22 november 1978, zaaknr. 1Ob33/78	8.5.4
OGH 19 april 1979, zaaknr. 7Ob768/78	8.5.4
OGH 20 februari 1980, zaaknr. 6Ob760/79	6.2
OGH 10 december 1981, zaaknr. 7Ob786/81	5.8.1
OGH 22 januari 1986, zaaknr. 3Ob465/61	9.3
OGH 18 juni 1986, zaaknr. 3Ob43/86	4.4.2
OGH 11 november 1986, zaaknr. 5Ob324/86,	4.3
OGH 28 januari 1987, zaaknr. 1Ob713/86	5.4
OGH 13 mei 1987, zaaknr. 1Ob543/87	9.3, 9.6
OGH 18 mei 1988, zaaknr. 1Ob535/88	5.4
OGH 10 november 1988, zaaknr. 6Ob639/88	9.7
OGH 11 oktober 1989, zaaknr. 1Ob623/89	5.9
OGH 29 mei 1990, zaaknr. 5Ob642/89	8.9.5
OGH 10 maart 1994, zaaknr. 6Ob526/94	5.2
OGH 9 juli 1996, zaaknr. 4Ob2146/96h	9.7
OGH 11 februari 1997, zaaknr. 5Ob18/97a,	4.3, 4.4.2

OGH 24 april 2003, zaaknr. 6Ob306/02x,	4.3
OGH 25 februari 2004, zaaknr. 3Ob66/03g	4.3, 4.4.2
OGH 26 juli 2006, zaaknr. 3Ob84/05g	5.6
OGH 31 januari 2007, zaaknr. 7Ob153/06k	8.2.7
OGH 28 februari 2008, zaaknr. 8Ob17/08w	7.3.3
OGH 25 maart 2009, zaaknr. 3Ob232/08a	5.6
OGH 11 oktober 2012, zaaknr. 2Ob188/11b	4.3, 8.5.1

Verenigde Staten

Supreme Court

<i>Pennock v. Coe</i> , 64 U.S. 117 (1860)	3.4.5
<i>United States v. New Orleans Railroad</i> , 79 U.S. 362 (1870)	3.4.5
<i>United States v. Security Indus. Bank</i> , 459 U.S. 70 (1982)	3.5.1.2

Court of Appeals

<i>Harris v. Youngstown Bridge</i> , 90 Fed. 322 (1898)	3.4.5
<i>Bancroft Steel v. Kuniholm Mfg. Co.</i> , 117 ALR 678 (1938)	3.6.2
<i>Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.</i> , 350 F.2d. 445 (1965)	3.5.1.2
<i>Samuels v. Mahon</i> , 510 F.2d 139 (1975)	2.12
<i>Pristas v. Landaus of Plymouth Inc.</i> , 742 F.2d 797 (1984)	3.5.1.2
<i>Southtrust Bank of Alabama National Association v. Borg-Warner Acceptance Corp</i> , 760 F.2d. 1240 (1985)	3.5.1.2
<i>Mbank Alamo National Association v. Raytheon Co.</i> , 886 F.2d 1449 (1989)	3.6.3

Oregon Supreme Court

<i>Evans Products Co. v. Jorgensen</i> , 245 Or. 362 (1966)	2.2
---	-----

Bankruptcy Court

<i>Boatmen's Bank v. Smith</i> , 29 B.R. 690 (1983)	3.6.2
---	-------

Engeland

Court of King's Bench

<i>Nash v. Preston</i> , 79 E.R. 767 (1630)	3.4.5
---	-------

Trefwoordenregister

Aanschaffinanciering	2.2, 3.4.1, 3.4.3, 3.4.5, 3.4.6, 3.5.1.2, 9.2, 9.5
Afdracht van overwaarde	2.2, 2.3, 3.3, 3.4.1, 5.8, 6.5.2, 6.6, 9.5
Afhankelijkheid	
~ en causaliteit	8.4.5, 9.3
Eigendom onder opschortende voorwaarde als afhankelijk recht	8.4.5
Voorbehouden eigendom als afhankelijk recht	9.3
Alternatieve opschortende voorwaarde	8.12, 8.12.1
Alternativiteit	5.4, 5.7, 8.5.4
<i>Absonderungsrecht</i>	3.4.2, 3.6.1, 6.5.2, 9.5
Allocatie van betalingen	Zie <i>Toerekening van betalingen</i>
<i>Anwartschaftsrecht</i>	8.2.2, 8.2.3, 8.2.7, 8.3.1, 8.3.3, 8.4.4, 8.4.5, 8.5.1, 8.5.3, 8.9, 8.9.1, 8.9.2, 8.9.3, 8.9.4, 8.9.5, 8.9.6, 8.10.1, 8.10.2, 8.12.2
~ in faillissement van de koper	3.4.1
<i>Kausalabhängigkeit</i> van het ~	5.3, 8.4.5
Overdraagbaarheid van ~	8.9.1
Rechtskarakter van ~	8.2.7, 8.10.1
Verhouding van ~ tot <i>numerus clausus</i>	8.3.3
<i>Aussonderungsrecht</i>	3.4.2, 3.6.1, 6.5.1, 6.5.2, 9.5
Bepaaldheidsvereiste	7.4.1, 7.4.2.1
Beperkt recht	
Bescherming tegen ~ bij voorwaardelijke overdracht	8.5.2
Gevolgen van goederenrechtelijke werking voor ~ op eigendom onder opschortende voorwaarde	8.10.2
Beschikkingsbevoegdheid	
Bescherming tegen ontbreken van ~	Zie <i>Derdenbescherming</i>
Beperking van de ~ van de verkoper als gevolg van de voorwaardelijke overdracht	8.2.4

~ van de koper ten aanzien van de zaak	8.12, 8.12.1, 8.12
~ van de koper ten aanzien van eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde	8.9
Samengestelde ~	8.12.2
Bestanddeel	7.5
Bezit	
~ gedurende de periode van onzekerheid	8.11
~ van eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde	4.8.3.4
Verkrijging van ~ door vervulling voorwaarde	8.10.3
Voorwaardelijk ~	4.8.3.3
Bezitsbescherming	8.6.1
Bezitsverschaffing onder voorwaarde	4.4, 4.8.3.2
Bodemrecht	3.4.3
Borgtocht	9.4
Causaal recht	8.4.5, 8.9.6, 9.3
Cessie van de koopprijsvordering	9.2
<i>Concursus creditorum</i>	3.2, 3.5.1.1
<i>Cross-collateralization</i>	3.5.1.2
Derdenbescherming	
~ bij overdracht van eigendom onder opschortende voorwaarde	8.9.4
~ bij voorwaardelijke overdracht	8.5.1
Doorverkoop	3.6, 7.3, 8.12
Eenheidsbeginsel	7.5, 7.6
Eenvoudig eigendomsvoorbehoud	
Definitie	1.4
Functie	2.5, 2.7
Rechtvaardiging	3.4
Rechtvaardiging wetgever	2.4
Eenzijdig eigendomsvoorbehoud	4.4.2
Eigendom onder opschortende voorwaarde	
Beschikken over ~	8.9
~ onder het oude recht	4.8.2
Goederenrechtelijk karakter van ~	8.4.1
Kwalificatie van ~	8.4
Levering van ~	8.9.2
Overdraagbaarheid van ~	8.9.1
Wijziging van ~	8.9.6
Eigendom onder ontbindende voorwaarde	8.2.4, 8.2.5, 8.2.6, 8.7
Overdracht van ~	9.2, 9.5
Verhouding tot eigendom onder opschortende voorwaarde	8.5
Eigendom onder tijdsbepaling	8.2.5, 8.2.6, 8.2.8, 8.3.1
Erfstelling onder voorwaarde	8.2.5, 8.2.8, 8.3.1

Exceptio non adimpleti contractus

Eigendomsvoorbehoud als ~	2.5, 2.7, 2.9
~ en onverschuldigde betaling	5.2
Executie	2.7, 5.6, 6.5.2, 9.5
Fixatiebeginsel	8.9.3, 8.12.2
Functionele benadering	2.2
Fiduciaverbod	2.3, 2.4, 2.11, 3.6.1, 5.8.2, 6.6, 7.2.2, 7.2.3, 9.5
Gebruiksrecht van de koper	8.5.1, 8.9.5, 9.6
Gelijk oversteken	2.5, 3.4, 3.5, 4.5, 5.2, 5.5
Gemeenschap	8.4.3
Goederenrechtelijke overeenkomst	4.3, 4.4, 4.5, 4.8.2, 4.8.3.2, 8.2, 8.4.5, 8.5.1, 8.9.6, 8.10.1
Goederenrechtelijke werking	
~ van ontbinding	2.9, 2.10, 3.2
~ van uitoefening recht van reclame	2.10
~ van vervulling van de voorwaarde	4.2, 4.4, 4.4.1, 4.7, 4.8.3, 4.8.3.1, 4.8.4, 8.2, 8.2.2, 8.2.3, 8.2.4, 8.2.5, 8.2.6, 8.2.7, 8.2.8, 8.3, 8.3.1, 8.33, 8.4.5
~ van vervulling van de voorwaarde onder oude recht	4.8.2, 8.2.1
Houderschap	4.8.1, 4.8.2, 4.8.3, 4.8.3.1, 4.8.3.3, 4.8.3.4, 8.6.1, 8.9.2, 8.10.3, 8.11, 9.6
Houderschapsbescherming	8.6.1
Huurkoop	2.4, 2.5, 3.4.3, 4.8.2, 5.3, 5.5, 5.8.1, 5.8.2, 7.3.3, 8.4.1, 8.9.1, 8.11, 9.2, 9.4, 9.6
Imputatiebeding	3.5.1.2, 6.4
Individualiseringsvereiste	3.5.1., 3.5.1.1, 3.5.1.2, 3.5.2.1, 7.4, 7.4.1, 7.4.2.2
Insolventierisico wederpartij	2.5, 2.6
<i>Kausalabhängigkeit</i>	5.3, 8.4.5
Krediet eigendomsvoorbehoud	6.3, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3
Levering	
~ in het kader van eigendomsvoorbehoud	<i>Zie machtsverschaffing</i>
~ in het kader van eigendomsvoorbehoud onder oude recht	4.8.2
~ onder voorwaarde	4.4, 4.8.3.2
~ van eigendom onder opschortende voorwaarde	8.9.2
Voorwaardelijke ~ als verklaring voor voorwaardelijkheid	4.4

Levering bij voorbaat	
Eigendomsvoorbehoud als reactie op ~	3.4.4, 3.4.5
~ versus verlengd eigendomsvoorbehoud	3.6.3, 7.3, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.2.1, 7.3.2.2
Rechtvaardiging voor voorrang van eerdere ~	7.3.2.1
Machtigingsconstructie	8.12, 8.12.2
Machtsverschaffing	4.8, 4.8.1, 4.8.3, 4.8.3.1, 4.8.4
Consensuele ~	4.8.4
Noodzaak van ~ als afzonderlijke leveringseis	4.8.1
Wijzen van ~	4.8.4
Mede-eigendom	
~ bij oneigenlijke vermenging	7.4, 7.4.2.1, 7.4.2.2
Verhouding van verkoper en koper gedurende periode van onzekerheid als vorm van ~	8.4.3
Zaaksvorming en ~	7.2.1
Middellijke vertegenwoordiging	8.12, 8.12.1
<i>Nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt</i>	8.12.2
Natrekking	7.6
<i>Nemo-plus-regel</i>	7.3.2.1, 8.2.4, 8.2.5, 8.2.6, 8.2.7, 8.2.8, 9.6
Neutraliteit	
~ als rechtvaardiging voor eenvoudig eigendomsvoorbehoud	3.4.1
~ als rechtvaardiging voor verlengd eigendomsvoorbehoud	3.6.2
Nevenrecht	9.3, 9.4. 9.7
<i>Numerus clausus</i>	8.3.3
Oneigenlijke vermenging	
Rechtsgevolgen van ~	7.4, 7.4.1, 7.4.2, 7.4.2.1, 7.4.2.2
Verbreed eigendomsvoorbehoud als middel tegen ~	3.5.1.1, 6.3.1
Oneindigheid van het eigendomsrecht	8.2.5, 8.2.6, 8.2.8, 8.3.1
Ongedaanmaking	
Afdracht van overwaarde bij ~	5.8
Eigendomsvoorbehoud secureert ~	2.5, 2.7
Verrekening bij ~	5.8.1
Ongerechtvaardigde verrijking	5.8.2, 7.3.2.3
Onoverdraagbaarheid	8.9.1

Ontbinding

- Afschaffing van goederenrechtelijke werking van ~ 2.9
- Eigendomsvoorbehoud als zekerheid bij ~ 2.5, 2.7
- ~ als voorwaarde voor uitoefening eigendomsvoorbehoud 2.7, 5.2
- ~ na overdracht voorbehouden eigendom 9.7
- ~ na verjaring 5.9
- Overdracht van bevoegdheid tot ~ 9.7
- Schriftelijkheidseis 5.4
- Onzekerheidsexceptie 5.2
- Opschortingsrecht 2.5, 5.2, 5.5
- Zie ook Exceptio non adimpleti contractus*
- Overdracht onder opschortende voorwaarde
 - Constructie van ~ 4.2, 4.3, 4.4, 4.5
 - Derdenbescherming bij ~ 8.5.1
 - Goederenrechtelijke werking van ~ *Zie Goederenrechtelijke werking*
 - Levering in het kader van ~ 4.8, 4.8.1, 4.8.3, 4.8.4
 - Verschil met overdracht onder ontbindende voorwaarde 2.9, 4.7
- Overdracht onder ontbindende voorwaarde
 - Verschil met overdracht onder opschortende voorwaarde 2.9, 4.7
- Overdracht onder tijdsbepaling 8.2.5, 8.2.6, 8.2.8, 8.3.1
- Overdracht van voorbehouden eigendom 9.5, 9.6
- Oververzekering (*Übersicherung*) 3.6.2, 6.3.3
- Overwaarde 2.2, 2.3, 3.3, 3.4.1, 5.8, 6.5.2, 6.6, 9.5
- Partijautonomie 3.3, 4.3.1, 5.8.1, 6.5.1, 6.5.2, 8.2.1, 8.10.1
- Prioriteitsregel
 - Grondslag voor ~ 7.3.2.1
 - ~ en verlengd eigendomsvoorbehoud 3.6.3, 7.3.2
 - Uitzondering op ~ bij *purchase money security interest* 3.4.5
- Purchase money security interest* 2.2, 3.4.5, 3.5.1.2, 3.6.2, 3.6.3
- Rangwisseling 3.4.5, 7.3.1, 7.3.2
- Recht van reclame
 - Bodemrecht bij uitoefening ~ 3.4.3
 - Partiële uitoefening van ~ 6.2
 - Rechtvaardiging voor bestaan ~ 3.4.1

Verhouding van ~ tot eigendomsvoorbehoud en ontbinding	2.10, 3.2, 3.4.3
Verlengd ~	3.6.2, 3.6.3, 7.3.2.3
Rechtsbezit	4.8.3.4, 8.6.1, 8.9.2
Rechtsverwerking	5.6
Reële eigendom	3.4.3
Rekening-couranteigendomsvoorbehoud	6.3.1, 6.3.2
Revindicatie	
Bevoegdheid van de koper tot ~	8.6.1
Gezamenlijke ~ als oplossing voor oneigenlijke vermenging	7.4.2.2
Risico-overgang	5.5, 7.3.3, 8.5.4
<i>Sale and lease back</i>	3.4. 3.4.6, 9.2, 9.5
Schadevergoedingsvordering	
Eigendomsvoorbehoud voor een ~	2.7
Gerechtigdheid tot ~ gedurende periode van onzekerheid	8.5.4
~ bij verbreed eigendomsvoorbehoud	3.5.2.1
Simultaneïteitsdogma	8.2.1
Specialiteitsbeginsel	7.4.1
Splitsing van eigendom	8.2.4, 8.2.5, 8.2.6, 8.2.7, 8.2.8, 8.3.1, 8.3.1, 8.3.2, 8.3.3, 8.3.4
Subrogatie	9.4
Supervoorrang (<i>superpriority</i>)	3.4, 7.3.2
Synallagma	Zie <i>Wederkerigheid</i>
Terugwerkende kracht	4.2, 8.2.1, 8.2.4, 8.2.5, 8.2.7, 8.3.1, 8.3.3, 8.4.2, 8.4.5
Tijdelijke eigendom	8.2.5, 8.2.6, 8.2.8, 8.3.1
Titel	
Doorwerking ~ in overdracht	4.3.1, 8.2.5
Voorwaardelijke ~ als verklaring voorwaardelijkheid	4.3
Toe-eigeningsverbod	2.3, 3.4.1
Toerekening van betalingen	3.5.1.2, 6.3.1, 6.4
Uitgestelde overdracht	4.4.1, 4.7
Uitgroei van voorwaardelijke eigendom	8.2.6, 8.10.1, 8.10.2
Uitoefening eigendomsvoorbehoud	
~ door executie	2.7, 5.6
~ en ontbinding	2.7, 5.2
~ zonder ontbinding	5.3
Verbintenis onder opschortende voorwaarde	4.3.1
Nakoming van ~ voor vervulling voorwaarde	4.3.2

Verbreed eigendomsvoorbehoud	Zie ook <i>Krediet-eigendomsvoorbehoud</i>
Afbakening t.o.v. eenvoudig eigendomsvoorbehoud	6.2
Definitie	1.4
Functie	2.11
Rechtvaardiging	3.5
Type vorderingen	3.5
Verhouding tot koopovereenkomst	2.11, 3.5, 6.6.5
Verrekening na uitoefening (Verruiming) wederkerigheid	2.11
Wijze van uitoefening	2.11, 3.5, 6.2, 6.5
Vereenzelviging van eigendom en zaak	2.11, 3.5, 6.5, 6.5.1, 6.5.2
Verjaring	8.7, 8.9.2, 8.10.1, 8.10.2
~ van rechtsvordering ter zake van de koopprijs	5.9
Verkrijging door ~ van eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde	8.6.2
Verlengd eigendomsvoorbehoud	
Definitie	1.4
Functie	3.6.1, 7.2.2
Mogelijkheden naar geldend recht	7.3.1
Rechtvaardiging	3.6, 7.3.2.2
Verhouding tot koopovereenkomst	3.6.1, 7.2.2
Wenselijk recht	7.3.2
Verlengd recht van reclame	3.6.2, 3.6.3, , 7.3.2.3
Verplaatste schade	8.5.4
Verplichting tot eigendomsverschaffing	4.5, 5.5
Verrekening	
Eigendomsvoorbehoud bij ~ in rekening-courant	6.3.2
Verplichting tot volledige ~	5.8
~ van schadevergoedingsvordering met ongedaanmakingsverbintenis	5.8.1
<i>Vertragsbruchlehre</i>	3.6.3, 7.2.1, 7.3.1, 7.3.2
Vervreemdingsbevoegdheid	8.12, 8.12.1, 8.12.2
Vervulling van de voorwaarde	
Bezitsverkrijging bij ~	8.10.3
Goederenrechtelijke werking van ~	8.2, 8.2.1, 8.2.2, 8.2.3, 8.2.4, 8.2.5, 8.2.6, 8.10.1
Verzekeringspenningen	7.3.3
Voorbehouden pandrecht	
Grenzen van art. 3:92 lid 2 BW en ~	2.11
Noodzaak eigendomsvoorbehoud bij toelaatbaarheid ~	2.4

Voorrecht van uitwinning	9.4
Voorwaardelijke eigendom	<i>Zie eigendom onder opschortende voorwaarde en eigendom onder ontbindende voorwaarde</i>
Voorwaardelijke making	8.2.5, 8.2.8, 8.3.1
Voorwaardelijke overdracht	<i>Zie overdracht onder opschortende voorwaarde</i>
<i>Vorwirkung</i>	8.2.1, 8.2.5, 8.2.7, 8.3.3, 8.4.2, 8.9.5, 8.10.1
Vruchten	8.5.3
Vruchtgebruik	8.2.5, 8.3.1, 8.5.3, 8.12.2
Waardestijging	5.8.2, 6.5.2, 6.6, 9.5
Waardedaling	3.4.1, 5.8.1, 5.8.2
Wederkerigheid	2.5, 2.12, 3.4.2, 3.6.1, 5.2, 5.5, 5.6, 7.2.2, 9.4, 9.5
Wilsrecht	8.4.4, 9.7
Zaaksvervanging	3.6.3, 7.3.2.3, 8.10.2
Zaakschade	8.5.4
Zaaksvorming	3.6, 7.2, 7.2.1, 7.2.2, 7.2.3, 7.2.4, 7.3, 7.3.2.2, 7.3.2.3, 8.5.3
Zekerheid	
Eigendomsvoorbehoud als defensieve ~	2.7
Eigendomsvoorbehoud als ~ voor koopprijsvordering	2.3, 2.7
Eigendomsvoorbehoud als ~ voor ongedaanmaking	2.5, 2.7
Rechtvaardiging voor ~	3.3
Zekerheidseigendom	2.3, 2.4, 2.5, 2.8, 2.11, 3.4.3, 3.6.1, 6.5.1, 6.5.2, 6.6, 7.2.1, 7.2.2, 9.3, 9.4, 9.5, 9.6

Literatuurlijst

Abendroth 2013

R.J. Abendroth, 'Reactie', *WPNR* 2013 (6972), p. 320-321.

Van Achterberg 1999

M.P. van Achterberg, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Mon. Nieuw BW B44), Deventer: Kluwer 1999.

Aronov 1985

M. Aronov, 'The Transformation Rule Applied to Purchase Money Security Interests in Commercial Lending Transactions', *Memphis State University Law Review* 1985, p. 15-64.

Asser Procesrecht/Asser 3 2013

W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Bartels & Van Velten 5 2017

S.E. Bartels & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Beekhuis 1957

J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Tweede deel. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

Asser/Beekhuis 3-II 1977

J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Zakenrecht. Tweede deel (Art. 625-876t)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977.

Asser/Beekhuis 3-I 1980

J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Zakenrecht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.

Asser/Beekhuis e.a. 3-II 1990

J.H. Beekhuis e.a., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Zakenrecht. Tweede deel. Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Asser/Clausing & Wansink 5-VI 1998

P. Clausing & J.H. Wansink, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. De verzekeringsovereenkomst*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Asser/Van Goudoever 1915

H. van Goudoever, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Derde deel. Verbintenissenrecht. Eerste stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1915.

Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004

S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hijma 7-I* 2013

Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I*. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Houben 7-X 2015

I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Kamphuisen 1960

P.W. Kamphuisen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Derde Deel. Verbintenissenrecht. Derde Stuk. Bijzondere overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960.

Asser/Meijers 1941

E.M. Meijers, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Vierde deel. Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1941.

Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010

A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. III. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Van Mierlo 3-VI 2016

A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Mijnssen & De Haan 3-I 2006

F.H.J. Mijnssen & P. de Haan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Goederenrecht. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Mijnssen & Van Velten 3-III 1986

F.H.J. Mijnssen & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Zakenrecht. Deel III. Zekerheidsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008

F.H.J. Mijnssen, A.A. van Velten & S.E. Bartels, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Van Oven 3-III 1978

A. van Oven, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Zakenrecht. Zekerheidsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

Asser/Perrick 4 2013

S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Perrick 3-V 2015

S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel V. Gemeenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Scholten 1945

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Tweede deel. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945.

Asser/Schut 5-I 1981

G.H.A. Schut, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Vranken, Algemeen deel ** 2014**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel ****. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012

J.H. Wansink, N. van Tiggele-Van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012.

Bakels 1984

F.B. Bakels, 'Stil pandrecht en het nemo plus-beginsel', *WPNR* 1984 (5707), p. 477-482.

Bakels 1993

F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.

Bakels 2011

F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW B58), Deventer: Kluwer 2011.

Bamberger & Roth

H.G. Bamberger & H. Roth, *BeckOK BGB*, München: C.H. Beck.

Von Bar & Clive 2009

C. von Bar & E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition (Volume I-6)*, München: sellier 2009.

Bartels 1997

S.E. Bartels, “Voorwaardelijke eigendom, ‘Vormerkung’ en ‘Anwartschaftsrechte’”, in: B.W.M. Nieskens-Isphording, E.M. Hemmen & T.H.D. Struycken e.a. (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 79-103.

Bartels 2004

S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Bartels 2007

S.E. Bartels, ‘Eigendomsvoorbehoud en zaaksvorming’, in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen (Libellus amicorum prof.mr. S.C.J.J. Kortmann)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 3-20.

Bartels 2009

S.E. Bartels, ‘Afstand van bezit van een onroerende zaak’, *NTBR* 2009, p. 327.

Bartels 2014

S.E. Bartels, “Eggen’s samenvatting”, in: T.E. Booms (red.), *‘Een man een man, een woord een woord’*, Overveen: Belvédère 2014, p. 145-153.

Bartels & Geurts 2016

S.E. Bartels & K.W.C. Geurts, ‘Zekerheidsrechten in de agrarische sector’, *TvAR* 2016, p. 127-148.

Bauknecht 1955

Bauknecht, ‘Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht’, *NJW* 1955, p. 1251-1255.

Baur/Baur & Stürner 2009

J.F. Baur & R. Stürner, *Sachenrecht*, München: C.H. Beck 2009.

BGB-RGRK

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Berlin: Walter de Gruyter.

Beard 1990

D.J. Beard, ‘The Purchase Money Security Interest in Inventory: If It Does Not Float, It Must Be Dead’, *Tennessee Law Review* 1990, p. 437-497.

Beckmann & Matusche-Beckmann 2015

R.M. Beckmann & A. Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, München: C.H. Beck 2015.

Van der Beek 1988

H.L. van der Beek, 'Het recht van reclame in het Nieuw BW: een geslaagde herschepping?', *KwNBW* 1988, p. 80-86.

Beekhuis 1956

J.H. Beekhuis, 'Bezit en detentie in verband met het Ontwerp-Meijers', *WPNR* 1956 (4460-4462), p. 393-395, p. 405-407 en p. 417-419.

Beekhuis 1972

J.H. Beekhuis, 'Zaaksbestanddelen naar bestaand en wordend recht', in: J.G. Sauveplanne (red.), *Van Opstall-bundel*, Deventer: Kluwer 1972, p. 11-23.

Bergervoet 2014

G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

Van den Bergh 1987

G.C.J.J. van den Bergh, 'Schijnbewegingen. Herodificatie en eigendomsdefinitie in historisch perspectief', *Recht en kritiek* 1987, p. 327-341.

Beuthien 1971

V. Beuthien, 'Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalabtretung', *BB* 1971, p. 375-381.

Beuving 1996

J. Beuving, *Factoring* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

De Bie Leuveling Tjeenk 1997

J. de Bie Leuveling Tjeenk, *Gerechtigden tot schadevergoeding bij zaakschade* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Biemans 2011

J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

BK 1999

H. Honsell (red.), *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Berlin: Springer 1999.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.

Blomeyer 1938

A. Blomeyer, *Studien zur Bedingungslehre. I. Teil. Über bedingte Verpflichtungsgeschäfte*, Berlin: Walter de Gruyter 1938.

Blomeyer 1939

A. Blomeyer, *Studien zur Bedingungslehre. II. Teil. Über bedingte Verfügungsgeschäfte*, Berlin: Walter de Gruyter 1939.

Blomeyer 1954

A. Blomeyer, 'Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb', *AcP* 1954, p. 239-254.

Blomeyer 1968

J. Blomeyer, 'Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers auf Grund des Kaufvertrags', *JZ* 1968, p. 691-696.

Blomeyer 1969

J. Blomeyer, 'Nochmals: Zum Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers', *DB* 1969, p. 2117-2121.

Bodenburg 1979

R. Bodenburg, 'Zur Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts bei verjährter Kaufpreisforderung', *WM* 1979, p. 1202-1209.

Bollenberger 1995a

R. Bollenberger, *Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit. Aussonderung durch Anfechtung*, Wien: Springer 1995.

Bollenberger 1995b

R. Bollenberger, 'Veräußerung von Vorbehaltsgut', *ÖJZ* 1995, p. 641-652.

Van Boom 2017

W.H. van Boom, 'Beschikken over voorwaardelijke eigendom', *AA* 2017, p. 417-423.

Bordes 1985

J.P. Bordes, 'Art 3.4.2.5a en 3.4.2.5b', in: B.W.M. Nieskens-Isphording & H.C.F. Schoordijk (red.), 'De Memorie van Antwoord op de Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 (wijziging van boek 3) en aanverwante wetgevingsstukken (II, vervolg)', *WPNR* 1985 (5756), p. 667-669.

Bork 1997

R. Bork, 'Die Verbindung, Vermischung und Verarbeitung von Sicherungsgut durch den Insolvenzverwalter', in: E. Schilken (red.), *Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag*, Bielefeld: Gieseking 1997, p. 71-91.

Brahn 1974

O.K. Brahn, *Problemen van zakenrechtelijke aard rondom een stereo-geluids-installatie*, Arnhem: Gouda Quint 1974.

Brahn 1983

O.K. Brahn, *Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

Brahn 1984

O.K. Brahn, *Toelevering van voorwerpen onder eigendomsvoorbehoud bij industriële fabricage*, Deventer: Kluwer 1984.

Brahn 1991

O.K. Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Brahn 1992a

O.K. Brahn, *Overdracht* (Mon. Nieuw BW B6a), Deventer: Kluwer 1992.

Brahn 1992b

O.K. Brahn, *Levering, Beschikkingsonbevoegdheid* (Mon. Nieuw BW B6b), Deventer: Kluwer 1992.

Braun 1980

H.-D. Braun, *Kontokorrentvorbehalt und Globalvorbehalt*, Heidelberg: Carl Winter 1980.

Braun 2017

E. Braun (red.), *Insolvenzordnung (InsO)*, München: C.H. Beck 2017.

Brecht 1912

A. Brecht, 'Bedingung und Anwartschaft. (Das aufschiebend bedingte Eigentum, seine Bestellung, Weiterübertragung und Pfändung)', *JherJb.* 1912, p. 263-340.

Bruijn & Maas 1990

K.K. Bruijn & P.L.M. Maas, 'Eigendomsvoorbehoud, een voorwaardelijke zekerheid?', *WPNR* 1990 (5979-5980), p. 683-690 en p. 697-699.

Brinkman 2014

R. Brinkman, *Het fideicommiss in de notariële praktijk* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Brinkmann 2011

M. Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

Brox 1984

H. Brox, 'Das Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers', *JuS* 1984, p. 657-668.

Bülow 1986

P. Bülow, 'Kauf unter Eigentumsvorbehalt', *Jura* 1986, p. 169-174 en p. 234-241.

Bülow 1999

P. Bülow, 'Der erweiterte Eigentumsvorbehalt nach der Insolvenzrechtsreform', *DB* 1999, p. 2196-2199.

Bülow 2012

P. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten. Sachen und Rechte, Personen*, Heidelberg: C.F. Müller 2012.

Bürgermeister 1996

U. Bürgermeister, *Der Sicherheitenpool im Insolvenzrecht*, Köln: RWS 1996.

Bydlinski 1974

F. Bydlinski, 'Probleme des Quantitätseigentums', *JBl.* 1974, p. 32-36.

Bydlinski 1986

P. Bydlinski, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, Wien: Manzsche 1986.

Bydlinski 2015

P. Bydlinski, 'Replik auf Wolfgang Faber. Ergänzende Bemerkungen zum vereinbarten Eigentumsvorbehalt und dessen "Wirksamkeit"', *ALJ* 2015, p. 247-249.

Coogan 1959

P.F. Coogan, 'Article 9 of the Uniform Commercial Code: Priorities Among Secured Creditors and the "Floating Lien"', *Harvard Law Review* 1959, p. 838-880.

Coogan & Gordon 1963

P.F. Coogan & N.L. Gordon, 'The Effect of the Uniform Commercial Code Upon Receivables Financing – Some Answers and Some Unresolved Problems', *Harvard Law Review* 1963, p. 1529-1568.

Del Corral & Geurts 2014

J. del Corral & K.W.C. Geurts, 'Het eigendomsvoorbehoud in de Belgische Pandwet en het Nederlandse BW', *NTBR* 2014, p. 253-265.

Czermak 1984

C. Czermak, 'Zwei Rechtsfragen des Factoring', *JBl.* 1984, p. 413-424.

Davenport 1976

G. Davenport, 'The Value of "Value" in a Purchase Money Security Interest', *Baylor Law Review* 1976, p. 667-685.

Dempewolf 1956

G. Dempewolf, 'Zur Konkurrenz von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession', *NJW* 1956, p. 851-853.

Derleder 1975

P. Derleder, 'Zu den Sanktionen des Eigentumsvorbehalts bei Leistungsstörungen auf der Käuferseite', *ZHR* 1975, p. 20-50.

Diederichsen 1965

U. Diederichsen, *Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen*, Hamburg: Hansischer Gildenverlag 1965.

Diephuis 1886

G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt. Zesde deel*, Groningen: Wolters 1886.

Van Dijk 1940

V.J.A. van Dijk, *Geschiedenis, aard en werking van het eigendomsvoorbehoud* (diss. Utrecht), [s.l.]: [s.n.] 1940.

Dilcher 1979

H. Dilcher, 'Der Eigentumsvorbehalt bei verjährter Kaufpreisforderung', *JuS* 1979, p. 331-336.

Dorhout Mees 1979

T.J. Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht. V. Recht van reclame; faillissement; surséance en akkoord*, Arnhem: Gouda Quint 1979.

Döring 1996

F.M. Döring, 'Schutz des Vorbehaltskäufers durch Anwendung des § 936 III BGB auf den gutgläubigen Zwischenerwerb?', *NJW* 1996, p. 1443-1447.

Dörner 1985

H. Dörner, *Dynamische Relativität. Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten*, München: C.H. Beck 1985.

Drion 1942

J. Drion, 'Levering van roerend goed dat zich in handen van een derde bevindt', *WPNR* 1941 (3771-3775), p. 109-111, p. 117-119, p. 125-128, p. 133-137 en p. 141-143.

Edlbacher 1966

O. Edlbacher, 'Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf (Buchbesprechung)', *ÖJZ* 1966, p. 251.

Eggens 1929

J. Eggens, 'Het recht van bezit kan niet *als zoodanig* overgedragen worden', *WPNR* 1929 (3095-3096), p. 229-232 en p. 241-245.

Eggens 1930

J. Eggens, 'Samenval van momenten in rechtshandelingen', *Themis* 1930, p. 409-448.

Eggens 1931

J. Eggens, 'Het huur-element in den huurkoop', *WPNR* 1931 (3215-3216), p. 386-388 en p. 393-396.

Elz 2000

D. Elz, 'Verarbeitungsklauseln in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers – Aussonderung oder Absonderung?', *ZInsO* 2000, p. 478-483.

Erman 1959

W. Erman, 'Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession', *BB* 1959, p. 1109-1113.

Erman 1960

W. Erman, *Die Globalzession in ihrem Verhältnis zum verlängerten Eigentumsvorbehalt*, Karlsruhe: C.F. Müller 1960.

Erman 2011

H.P. Westermann, B. Grunewald & G. Maier-Reimer (red.), *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, Köln: Otto Schmidt 2011.

Ernst 1992

W. Ernst, *Eigenbesitz und Mobiliarerwerb*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1992.

Everts 1883

H.H. Everts, *De ontbindende voorwaarde* (diss. Utrecht), Deventer: Van der Meer 1883.

Faber 1997

N.E.D. Faber, 'Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 179-221.

Faber 2000

N.E.D. Faber, 'Beschikken in het heden met het oog op de toekomst. Dogmatiek of gebakken lucht?', in: I. Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid* (BW-krant jaarboek 16), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 173-184.

Faber 2007

N.E.D. Faber, 'Overdracht van voorwaardelijke eigendom', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen (Libellus amicomum prof.mr. S.C.J.J. Kortmann)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 33-58.

Faber 2015

W. Faber, 'Eigentumsvorbehalt und Publizität. Zwischen wirtschaftlichem Bedürfnis und dogmatischer Wertungskohärenz', *ALJ* 2015, p. 212-246.

Faber & Van Hees 1994

N.E.D. Faber & J.J. van Hees, 'Niet-accessoireit zekerheidseigendom; betaling door een derde; overdracht van zekerheidseigendom', *NTBR* 1994, p. 191-197.

Van der Feltz I

G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896.

Fesevur 1979

J.E. Fesevur, *De zakelijke zekerheidsrechten naar tegenwoordig en toekomstig Nederlands recht*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979.

Fesevur 2001

J.E. Fesevur, 'Teixeira revisited', *NTBR* 2001, p. 503-507.

Fesevur 2005

J.E. Fesevur, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

Fikkers 1992

H.A.G. Fikkers, *Recht van reclame* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1992.

Fikkers 1993

H.A.G. Fikkers, 'Nogmaals reclamerecht (over gedeeltelijke reclame bij koop en ruil)', *WPNR* 1993 (6091), p. 309-310.

Fikkers 1996

H.A.G. Fikkers, 'Enige kwesties rond de reikwijdte van eigendomsvoorbehoud nader beschouwd', *TvI* 1996, p. 2-6.

Fikkers 1999a

H.A.G. Fikkers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Fikkers 1999b

H.A.G. Fikkers, 'H.D. Ploeger, Horizontale splitsing van eigendom (Recensie)', *NTBR* 1999, p. 172-180.

Finger 1970

P. Finger, 'Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession', *JZ* 1970, p. 642-645.

Fischer & Frank 1936

Fr.W. Fischer & L.D. Frank, *De wettelijke regeling van den koop en verkoop op afbetaling*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1936.

Fischer 1959

N.O. Fischer, 'Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise', *NJW* 1959, p. 366-369.

Fitting 1856

H. Fitting, *Ueber den Begriff der Rückziehung*, Erlangen: Deichert 1856.

Flume 1950

W. Flume, 'Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt', *NJW* 1950, p. 841-850.

Flume 1955

W. Flume, 'Besprechung von Harry Westermann, Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen', *AcP* 1955, p. 560-566.

Flume 1959

W. Flume, 'Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts', *NJW* 1959, p. 913-922.

Flume 1962

W. Flume, 'Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers', *AcP* 1962, p. 385-408.

Flume 1992

W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*, Berlin: Springer 1992.

Forkel 1962

H. Forkel, *Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 1962.

Frank 1931

L.D. Frank, 'Boekbespreking', *WPNR* 1931 (3209), p. 327-330.

Franke 1978

S. Franke, 'Konflikt zwischen Sicherungsglobalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt – Alternativen zur Vertragsbruchrechtsprechung', *JuS* 1978, p. 373-376.

Frisch 1999

D. Frisch, 'Commercial Common Law, the United Nations Convention on the International Sale of Goods, and the Inertia of Habit', *Tulane Law Review* 1999, 495-559.

Frotz 1970

G. Frotz, *Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrecht*, Wien: Manzsche 1970.

Van Gaalen 2001

M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2001.

Georgiades 1963

A. Georgiades, *Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1963.

Gernhuber 1981

J. Gernhuber, 'Freiheit und Bindung des Vorbehaltskäufers nach Übertragung seines Anwartschaftsrechtes', in: W. Grunsky e.a. (red.), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1981, p. 31-49.

Gravenhorst 1971

W. Gravenhorst, 'Eigentumsvorbehalt gleich Sicherungsübereignung?', *JZ* 1971, p. 494-497.

Gilmore 1963

G. Gilmore, 'The Purchase Money Priority', *Harvard Law Review* 1963, p. 1333-1401.

Gilmore 1965

G. Gilmore, *Security interests in personal property. Volume II*, Boston: Brown 1965.

Gottwald 2015

P. Gottwald (red.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, München: C.H. Beck 2015.

Gottwald & Adolphsen 2000

P. Gottwald & J. Adolphsen, 'Die Rechtsstellung dinglich gesicherter Gläubiger in der Insolvenzordnung', in: M. Balz e.a., *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, Herne: Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis 2000, p. 1043-1082.

Groefsema 1993

L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

De Groot 1977

J.J.A. de Groot, 'Boekbespreking', *WPNR* 1977 (5410), p. 646-650.

Gschnitzer 1963

F. Gschnitzer, *Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz*, Wien: Springer 1963.

Gudian 1967

G. Gudian, 'Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers', *NJW* 1967, p. 1786-1789.

Guida 1976

P.A. Guida, 'Secured Transactions—Purchase Money and After-Acquired Property Security Interest—Priority of Security Interests under UCC 9-312', *Case Western Reserve Law Review* 1976, p. 708-734.

Hammerstein 1977

A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977.

Harke 2006

J.D. Harke, 'Anwartschaftsrecht als Pfandrecht', *JuS* 2006, p. 385-389.

Harrer 1969

M. Harrer, 'Die Anwartschaft des Vorbehaltskäufers', *QuHGZ* 1969, p. 34-44.

Hartkamp 2003

A.S. Hartkamp, 'Boekaankondiging', *WPNR* 2003 (6556), p. 893-894.

Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005.

Häsemeyer 1992

L. Häsemeyer, 'Vorbehaltskauf und Finanzierungsleasing im geltenden und künftigen Insolvenzrecht', in: U. Huber & E. Jayme (red.), *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1992, p. 153-169.

Häsemeyer 2003

L. Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, Köln: Carl Heymanns 2003.

Hattenhauer 2011

Chr. Hattenhauer, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

Hees 1955

Hees, 'Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession. Welchem Recht gebührt der Vorrang?', *MDR* 1955, p. 525-527.

Van Hees 1997

J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Hemsing 1892

H.L. Hemsing, *Het afbetalingscontract* (diss. Leiden), Dordrecht: Blussé en van Braam 1892.

Henckel 1994

W. Henckel, 'Zur Dogmatik der bezitslozen Mobiliarsicherheiten', in: K.A. Bettermann e.a. (red.), *Festschrift für Albert Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1994, p. 193-218.

Henke 1959

H.-E. Henke, 'Der Vorbehaltskäufer – doppelter Besitzmittler?', *JZ* 1959, p. 202-204.

Van den Heuvel 2004

N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Heyman 1994

H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiducia-verbod', *WPNR* 1994 (6119), p. 1-14.

Heyman & Bartels 2012

H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2012.

Heyman & Bartels 2017

H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Toepassingsbereik en derdenwerking in de nieuwe regeling van huurkoop onroerende zaken', *WPNR* 2017 (7143), p. 258-263.

Heyning-Plate 1969

L.S.C. Heyning-Plate, *Eigenrichting tot zekerheid* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1969.

Hijma 1992

Jac. Hijma, 'Dépex/curatoren Bergel c.s.', *AA* 1992, p. 284-290.

Hijma & Olthof 2014

Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

HKK-BGB

M. Schmoeckel, J. Rückert & R. Zimmerman, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen: J.C.B. Mohr.

Hödl 2010

E. Hödl, *Der Lieferantenpool*, Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2010.

Hoffmann 2016

J.F. Hoffmann, 'Das mobiliarsachenrechtliche Anwartschaftsrecht in der juristischen Ausbildung', *JuS* 2016, p. 289-294.

Hofmann 1933

L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, Groningen: Wolters 1933.

Holzner 1988

Chr. Holzner, 'Vermengung und Eigentum', *JBl.* 1988, p. 564-571 en p. 632-640.

Honsell 1981

H. Honsell, 'Aktuelle Probleme des Eigentumsvorbehalts', *JuS* 1981, p. 705-712.

Houwing 1940

Ph.A.N. Houwing, *Overdracht van toekomstige rechten*, Den Haag: Belinfante 1940.

Houwing 1952

Ph.A.N. Houwing, 'Het afscheiden en individualiseren van vermogensbestanddelen ten behoeve van bepaalde crediteuren of groepen van crediteuren', in: *Correspondentie-Blad van de Broederschap der Notarissen*, Amsterdam: Van Mantgem 1952, p. 165-228.

Huber 1987

U. Huber, 'Der Eigentumsvorbehalt im Synallagma', *ZIP* 1987, p. 750-759.

Hübner 1980

U. Hübner, 'Zur dogmatischen Einordnung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers', *NJW* 1980, p. 729-735

Iro 2015

G. Iro, 'Das Factoringgeschäft', in: P. Apathy, G. Iro & H. Koziol (red.), *Österreichisches Bankvertragsrecht. Band VII: Leasing, Factoring und Forfaitierung*, Wien: Verlag Österreich 2015, p. 217-332.

Iro 2016

G. Iro, *Bürgerliches Recht. Band IV. Sachenrecht*, Wien: Verlag Österreich 2016.

Jackson & Kronman 1975

T.H. Jackson & A.T. Kronman, 'A Plea for the Financing Buyer', *Yale Law Journal* 1975, p. 1-37.

Jackson & Kronman 1979

T.H. Jackson & A.T. Kronman, 'Secured Financing and Priorities Among Creditors', *Yale Law Journal* 1979, p. 1143-1182.

Jacoby 2008

F. Jacoby, 'Anmerkung zu BGH, Urteil v. 27.3.2008 – IX ZR 220/05', *JZ* 2008, p. 1053-1056.

Jaeger

W. Henckel & W. Gerhardt, *Jaeger. Insolvenzordnung. Großkommentar*, Berlin: De Gruyter.

Jansen 2001

C.J.H. Jansen, 'De positie van de eigendomsvoorbehoudkoper', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 285-293.

Jansen 2014

J.E. Jansen, 'Eggen, het rechtskarakter van bezit en de artikelen 3:110 en 3:111 BW', in: T.E. Booms (red.), *Een man een man, een woord een woord*, Overveen: Belvédère 2014, p. 105-116.

Janssen 1997

M.A.J.G. Janssen, 'Krediteigendomsvoorbehoud', *WPNR* 1997 (6278), p. 479-480.

Janssen 2001

M.A.J.G. Janssen, 'Is een krediteigendomsvoorbehoud mogelijk?', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 269-283.

Janssen 2002

M.A.J.G. Janssen, 'Een krediteigendomsvoorbehoud is mogelijk', *TvI* 2002, p. 318-324.

Von Jhering 1871

R. von Jhering, 'Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte', *Jhb. f. Dogm.* 1871, p. 387-586.

De Jong 2006

Th.F. de Jong, *De Structuur van het Goederenrecht* (diss. Groningen), [s.l.]: [s.n.] 2006.

Kanda & Levmore 1994

H. Kanda & S. Levmore, 'Explaining creditor priorities', *Virginia Law Review* 1994, p. 2103-2154.

Kaptein 2014

F.J.L. Kaptein, 'De onvoorwaardelijke verpandbaarheid van voorwaardelijke eigendom', in: F.M.J. Verstijlen, F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet (red.), *Groninger zekerheid (liber amicorum Wim Reehuis)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 201-211.

KBB 2017

H. Koziol, P. Bydlinski & R. Bollenberger, *Kurzkomentar zum ABGB*, Wien: Verlag Österreich 2017.

Klaassen-Eggens/Luijten & Meijer 2008

E.E.A. Luijten & W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Tweede gedeelte. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Klang

H. Klang & F. Gschnitzer (red.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien: Verlag Österreich.

Kleijn 1990

W.M. Kleijn, 'De leverancier, zijn afnemer en diens financier in het NBW', *WPNR* 1990 (5974), p. 585-587.

Kodek 2002

G. Kodek, *Die Besitzstörung. Materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes*, Wien: Manzsche 2002.

Korthals Altes 1933

R. Korthals Altes, *Borgtocht naar hedendaagsch Nederlandsch recht* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Blikman & Sartorius 1933.

Kortmann 1992

S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendom onder voorwaarde', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet (Kleijn-Bundel)*, Deventer: Kluwer 1992, p. 199-211.

Kortmann 1994

S.C.J.J. Kortmann, 'Koninklijke Nijverdal ten Cate NV/Mr. Wilderink q.q.', *AA* 1994, p. 745-751.

Kortmann 1996

S.C.J.J. Kortmann, 'Past "de trust" in het Nederlandse recht?', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de trust*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 169-193.

Kortmann 1998

S.C.J.J. Kortmann, 'Gesplitste zaken en eigendomsvoorbehoud', *TvI* 1998, p. 139-141.

Kortmann 2014

S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendomsvoorbehoud naar Belgisch recht, een functionele benadering', in: F.M.J. Verstijlen, F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet (red.), *Groninger zekerheid (liber amicorum Wim Reehuis)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 227-239.

Kortmann & Van Hees 1995a

S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, 'Reïncarnatie in het recht, ofwel: de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht', *NJB* 1995, p. 991-996.

Kortmann & Van Hees 1995b

S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, 'Van fiducia-fobie naar fiducia-filie', *WPNR* 1995 (6187), p. 455-457.

Koziol 1968

H. Koziol, 'Eigentumsvorbehalt und Schadenersatz wegen Sachbeschädigung', *JBl.* 1968, p. 493-504.

Koziol 1984

H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht. Band II: Besonderer Teil*, Wien: Manz'sche 1984.

Koziol & Welser/Kletečka 2014

A. Kletečka, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, Wien: MANZ'sche 2014.

Kok 2015

T.C.M. Kok, "Over de overdraagbaarheid van 'voorwaardelijke eigendom'. Moet de Hoge Raad de huidige trend in de literatuur volgen?", *WPNR* 2015 (7072), p. 686-692.

KPB

B.M. Kübler, H. Prütting & R. Bork, *InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung*, Köln: RWS.

Kripke 1985

H. Kripke, 'Law and Economics: Measuring the Economic Efficiency of Commercial Law in a Vacuum of Fact', *University of Pennsylvania Law Review* 1985, p. 929-985.

Krzemiński 2013

K.J. Krzemiński, *Herverpanding* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Kupisch 1976

B. Kupisch, 'Durchgangserwerb oder Direkterwerb?', *JZ* 1976, p. 417-429.

Lacy 1990

P. Lacy, 'Conflicting Security Interests in Inventory and Proceeds under the Revised Article 9 of the Uniform Commercial Code', *South Carolina Law Review* 1990, p. 247-457.

Lambsdorff 1974

H.G. Graf Lambsdorff, *Handbuch des Eigentumsvorbehalts im deutschen und ausländischen Recht*, Frankfurt am Main: Athenäum 1974.

Lambsdorff & Skora 1977

H.G. Graf Lambsdorff & B. Skora, 'Globalzession und Lieferantenvorausabtretung – kein Ende', *NJW* 1977, p. 701-706.

Lange 1950

H. Lange, 'Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung', *NJW* 1950, p. 565-570.

Lange 1963

H. Lange, 'Eigentumsvorbehalt und Verjährung der Kauspreisforderung', *JuS* 1963, p. 59-63.

Lange 1971

H. Lange, 'Eigentumsvorbehalt und Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers', *JuS* 1971, p. 511-516.

Langemeijer 1927

G.E. Langemeijer, *Zaaksvervanging* (diss. Leiden), Vlaardingen: Dorsman & Odé 1927.

Larenz 1986

K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil. 1. Halbband*, München: C.H. Beck 1986.

Leible & Sosnitza 2001

S. Leible & O. Sosnitza, 'Grundfälle zum Recht des Eigentumsvorbehalts', *JuS* 2001, p. 244-248, p. 341-347, p. 449-456 en p. 556-559.

Van der Lelij 1996

A.J. van der Lelij, *Levering van roerende zaken door middel van een zakenrechtelijk waardepapier* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1996.

Lempenau 1968

G. Lempenau, *Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte*, Bad Homburg v.d.H.: Gehlen 1968.

Letzgus 1938

E. Letzgus, *Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1938.

Lieb 1990

M. Lieb, 'Eigentumsvorbehalt und Abwehrklausel – Versuch einer Neubesinnung', in: H. Prütting (red.), *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag*, Köln: Carl Heymanns 1990, p. 311-324.

Lieder 2015

J. Lieder, *Die rechtsgeschäftliche Sukzession*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015.

Van Lier 1892

M.A.H.L. van Lier, *Afbetalingscontracten* (diss. Utrecht), Utrecht: J.G. Broese 1892.

Lloyd 1985

R.M. Lloyd, 'Refinancing Purchase Money Security Interests', *Tennessee Law Review* 1985, p. 1-101.

Lokin 2007

J.H.A. Lokin, 'De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen (Libellus amicorum prof.mr. S.C.J.J. Kortmann)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 137-155.

Loof 2016

W. Loof, 'De systematiek van voorwaardelijke eigendom', *WPNR* 2016 (7123), p. 821-822.

Van Look & Stoltenberg 1990

F. van Look & U. Stoltenberg, 'Eigentumsvorbehalt und Verjährung der Kaufpreisforderung', *WM* 1990, p. 661-668.

Losecaat Vermeer 1928

P.A.J. Losecaat Vermeer, 'Voldoet de tegenwoordige regeling van het pandrecht aan de behoeften van het verkeer? Zo neen, welke wijzigingen en aanvullingen zijn dan gewenst?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging (Acht-en-Vijftigste Jaargang)*, 's-Gravenhage: Belinfante 1928, p. 1-63.

Lux 2004

J. Lux, 'Das Anwartschaftsrecht bei bedingter Übereignung – bloßes Sprachkürzel oder eigenständiges absolutes Recht', *Jura* 2004, p. 145-153.

Lux 2008

J. Lux, 'Das Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten in Einzelzwangvollstreckung und Insolvenz', *MDR* 2008, p. 895-899.

Van Maanen 1998

G.E. van Maanen, 'Varkens met verlengd eigendomsvoorbehoud', *WPNR* 1998 (6309), p. 237-238.

Marotzke 1977

W. Marotzke, *Das Anwartschaftsrecht – ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung?*, Berlin: Duncker & Humblot 1977.

Marotzke 1986

W. Marotzke, 'Die Aufhebung grundpfandrechtsbelasteter Eigentumsanwartschaften', *AcP* 1986, p. 490-517.

Marotzke 1991

W. Marotzke, 'Die Behandlung der »schwebenden Rechtsgeschäfte«', in: D. Leipold (red.), *Insolvenzrecht im Umbruch – Analysen und Alternativen*, Köln: Heymann 1991, p. 183-196.

Marotzke 1996

W. Marotzke, 'Die dinglichen Sicherheiten im neuen Insolvenzrecht', *ZZP* 1996, p. 429-471.

Mayrhofer 1966

H. Mayrhofer, *Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz*, Wien: Springer 1966.

Mayrhofer 1969a

H. Mayrhofer, 'Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung', *ÖJZ* 1969, p. 197-202.

Mayrhofer 1969b

H. Mayrhofer, 'Eigentumsvorbehalt und Weiterveräußerung der Sache. Verlängerungsformen', in: Chr. Faistenberger & H. Mayrhofer (red.), *Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, Aalen: Scientia 1969, p. 285-302.

McAlister 1993

D.L. McAlister, 'Purchase Money Security Interest and Their Continuing Priority As To Proceeds: MBank Alamo National Association v. Raytheon Co.', *Boston College Law Review* 1993, p. 655-692.

Medicus 1965

D. Medicus, 'Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz', *AcP* 1965, 115-149.

Medicus 1971

D. Medicus, 'Die Akzessorietät im Zivilrecht', *JuS* 1971, p. 497-504.

Meijers 1908

E.M. Meijers, 'Eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken', *WPNR* 1908 (1997-1999), p. 153-155, p. 169-172 en p. 181-183.

Meijers 1936

E.M. Meijers, 'Eigendomsoverdracht tot zekerheid', in: *Correspondentie-Blad van de Broederschap der Notarissen*, Amsterdam: Van Mantgem 1936, p. 237-284.

Meijers 1948

E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers 1948.

Mezas 1985

B.M. Mezas, *Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

Mezas 1994

B.M. Mezas, "'Zekerheidseigendom" mede ter verzekering van vorderingen uit geldlening, naar huidig Nederlands recht', *WPNR* 1994 (6124), p. 113-116.

Van Mierlo 1984

A.I.M. van Mierlo, 'Enige zekerheden voor de onbetaalde verkoper van roerende zaken naar NBW', *WPNR* 1984 (5696), p. 275-279.

Van Mierlo 1988

A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand. Enige beschouwingen omtrent het rechtskarakter van de fiduciaire zekerheidsoverdracht naar huidig recht en van de haar opvolgende regeling in het Nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988.

Mijnssen 1981

F.H.J. Mijnssen, 'Eigendom tot zekerheid, de bezem van de tovenaarsleerling', *WPNR* 1981 (5577), p. 645-649.

Mijnssen 1983

F.H.J. Mijnssen, 'De levering van een roerende zaak', *WPNR* 1983 (5654), p. 345-351.

Mijnssen 1991

F.H.J. Mijnssen, 'Voorbehouden eigendom van een puinbreekinstallatie en het NBW', in: W.J. van der Nat-Verhage e.a., *Vorm en wezen. Opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk*, Utrecht: Lemma 1991, p. 183-197.

Mijnssen & Schut 1984

F.H.J. Mijnssen & G.H.A. Schut, *Bezit, levering en overdracht volgens BW en NBW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

Mincke 1995

G.W. Mincke, 'Sale and lease back, art. 3:84 lid 3 BW, eigendomsvoorbehoud en de numerus clausus', *NTBR* 1995, p. 175-179.

Minthe 1998

E. Minthe, *Die Übertragung des Anwartschaftsrecht durch einen Nichtberechtigten*, Berlin: Duncker & Humblot 1998.

Mitlehner 2016

S. Mitlehner, *Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren*, Köln: RWS 2016.

Molenaar 1985

F. Molenaar, 'Bezitloos pandrecht en stil pandrecht op vorderingen', *WPNR* 1985 (5724), p. 23-24.

Mollema 2007

A.F. Mollema, 'Erfstellingen en legaten onder tijdsbepaling of voorwaarde', *WPNR* 2007 (6698), p. 141-150.

Mollema 2013

A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), [s.l.]: [s.n.] 2013.

Mückenberger 1958

Mückenberger, 'Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise', *NJW* 1958, p. 1753-1756.

Mülbert 2002

P.O. Mülbert, 'Das inexistente Anwartschaftsrecht und seine Alternativen', *AcP* 2002, p. 912-950.

Müller 1969

K. Müller, 'Zum Herausgabeanspruch des Vorbehaltsverkäufers', *DB* 1969, p. 1493-1499.

Müller 1970

K. Müller, 'Die Ansprüche des Vorbehaltsverkäufers aus dem Eigentumsvorbehalt nach Verjährung der Kaufpreisforderung', *DB* 1970, p. 1209-1213.

Müller-Laube 1993

H.-M. Müller-Laube, 'Die Konkurrenz zwischen Eigentümer und Anwartschaftsberechtigtem um die Drittschutzansprüche', *JuS* 1993, p. 529-536.

MünchKomm-BGB

F.J. Säcker e.a. (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: C.H. Beck.

MünchKomm-InsO

H.-P. Kirchhof, H. Eidenmüller & R. Stürner (red.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, München: C.H. Beck.

Naber 1915

J.C. Naber, 'Stilzwijgende verbanden op vorderingsrechten', *WvN* 1915, p. 237-240.

Neubeck 1959

R. Neubeck, 'Anmerkung zu OLG Hamburg, Urteil v. 13.11.1958 – 2 U 197/57', *NJW* 1959, p. 581-582.

Neuner 2003

J. Neuner, 'Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht', *AcP* 2003, p. 46-78.

Neuschäffer 1935

H. Neuschäffer, 'Der Eigentumsvorbehalt in der neuen Vergleichsordnung', *JW* 1935, p. 3516-3521.

Nickles 1987

S.H. Nickles, 'Setting Farmers Free: Righting the Unintended Anomaly of UCC Section 9-312(2)', *Minnesota Law Review* 1987, p. 1135-1218.

Van Nierop 1937

A.S. van Nierop, *Hypotheekrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937.

Nieskens-Isphording 1988

B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Het eigendomsvoorbehoud en de bescherming van art. 3.4.2.3a', *WPNR* 1988 (5875), p. 297-299.

Nieskens-Isphording 1996

B.W.M. Nieskens-Isphording, *Overdracht/Übertragung. Eigendomsverkrijging naar Nederlands en Duits recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

Nieskens-Isphording 1997

B.W.M. Nieskens-Isphording, "Na de 'Vormerkung' nu ook de 'Anwartschaftsrechte'?", in: B.W.M. Nieskens-Isphording, E.M. Hemmen & T.H.D. Struycken e.a. (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 105-114.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1980

J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu. Ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1980.

Nieuwesteeg 2015

W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'Voorwaardelijke eigendom, de wens als vader van een gedachte?', *NTHR* 2015, p. 167-176.

Opzoomer 1876

C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek. Derde deel*, Amsterdam: Gebhard 1876.

Van Oven 1905

J.C. van Oven, *De bezitsbescherming en hare functies* (diss. Amsterdam), Amsterdam: De Bussy 1905.

Van Oven 1911

J.C. van Oven, 'Een vraag over art. 1302 B. W. in verband met het faillissement', *WPNR* 1911 (2142-2143), p. 13-15 en p. 25-27.

Van Oven 1934

J.C. van Oven, 'Bezitsverkrijging door derden', *NJB* 1934, p. 701-708 en p. 721-728.

Van Oven 1958

J.C. van Oven, 'Bezit en bezitsbescherming in het Ontwerp Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 1958 (4537-4539), p. 217-219, p. 229-232 en p. 241-244.

Palandt 2014

P. Bassenge e.a., *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2014.

Parl. Gesch. Aanpassing van de overige wetten (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Aanpassing van de overige wetten*, Deventer: Kluwer 1992.

Parl. Gesch. Boek 3 BW

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 4 BW

Gr. van der Burgt, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Vaststellingswet Boek 4. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.) BW

Gr. van der Burgt, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoeringswet Boek 4. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Parl. Gesch. Boek 5 BW

C.J. Zeven & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 5 BW (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 6 BW

C.J. Zeven & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten. Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992.

Perrick 1996

S. Perrick, 'De overdraagbaarheid van wilsrechten, in het bijzonder van rechten tot het nemen van aandelen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht. Bundel opstellen, aangeboden aan prof. mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 243-253.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Peter 2007

J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

Peters 1980

F. Peters, 'Die Wirkung des Eigentumsvorbehalts nach Verjährung der Kaufpreisforderung', *JZ* 1980, p. 178-181.

Picker 1988

E. Picker, 'Die Schlacht der Kreditoren', *JuS* 1988, p. 375-385.

Pitlo 1940

A. Pitlo, 'Het binden van den wil in verband met de verkrijging van roerend goed', *WPNR* 1940 (3691), p. 409-413.

Pitlo 1942

A. Pitlo, 'De overgang van het accessoire eigendomsrecht', *WPNR* 1942 (3798-3799), p. 325-329 en p. 333-336.

Pitlo 1951

A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1951.

Pitlo/Brahn 1987

O.K. Brahn, Pitlo. *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 2. Het Zakenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004

Gr. van der Burght & E.W.J. Ebben, Pitlo. *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 5. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012

W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, Pitlo. *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Pitlo/Wolffensperger & Frenkel 1979

G.J. Wolffensperger, B.S. Frenkel, Pitlo. *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 3A. De benoemde overeenkomsten*, Arnhem: Gouda Quint 1979.

Van der Plank 2016

P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Pohle 1956

R. Pohle, 'Prozessführungsrecht und Rechtskrafterstreckung bei bedingten Veräußerungen', in: H.C. Nipperdey (red.), *Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter 1956, p. 738-764.

Prölss & Martin 2015

Chr. Armbrüster e.a., *Prölss/Martin. Versicherungsvertragsgesetz*, München: C.H. Beck 2015.

Prütting 2009

H. Prütting, 'Bedeutungswandel in der Insolvenz durch Rechtsübertragung?', in: R. Stürner e.a. (red.), *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, p. 427-434.

Van Raalte 1886

J. van Raalte, *De reclame van verkochte goederen* (diss. Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1886.

Radke 2001

W.W. Radke, *Bedingungsrecht und Typenzwang*, Berlin: Duncker & Humblot 2001.

Raiser 1961

L. Raiser, *Dingliche Anwartschaften*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1961.

Rank-Berenschot 1992

E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Rank-Berenschot 1998

E.B. Rank-Berenschot, 'Overdracht en toebehoren onder tijdsbepaling. Achtergrond en betekenis van art. 3:85 BW', in: M.H. Claringbould e.a., *Van Beheering. Goederenrechtelijke beschouwingen*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 149-162.

Rank-Berenschot 1999

E.B. Rank-Berenschot, 'Krediteigendomsvoorbehoud; botsing met in pandrecht geconverteerde fiduciaire eigendom', *Bb* 1999, p. 6-9.

Rank-Berenschot 2012

E.B. Rank-Berenschot, *Bezit* (Mon. BW B7), Deventer: Kluwer 2012.

Reehuis 1987

W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW; overeenkomsten en verschillen met zekerheidsoverdracht; met beschrijving van het overgangsrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Reehuis 1998

W.H.M. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud* (Mon. Nieuw BW B6c), Deventer: Kluwer 1998.

Reehuis 2004

W.H.M. Reehuis, *Levering* (Mon. Nieuw BW B6b), Deventer: Kluwer 2004.

Reehuis 2010

W.H.M. Reehuis, *Overdracht* (Mon. BW B6a), Deventer: Kluwer 2010.

Reehuis 2013

W.H.M. Reehuis, *Eigendomsvoorbehoud* (Mon. BW B6c), Deventer: Kluwer 2013.

Reehuis 2014

W.H.M. Reehuis, 'Voorbehouden eigendom tegenover het 'bodemrecht' van de fiscus: heroverweging noodzakelijk?!' in: G.-R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op recht (liber amicorum Gerrit van Maanen)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 349-372.

H.B. Reehuis 2016

H.B. Reehuis, 'Het wetshistorisch argument van de Hoge Raad in Rabobank/ Reuser', *GrOM* 2016, p. 121-145.

Reeves 1969

H.J. Reeves, 'The Priority Conflict Between a Purchase Money Security Interest and a Prior Security Interest in Future Accounts Receivable', *Vanderbilt Law Review*, p. 1157-1178.

Reidinger 1987

A. Reidinger, 'Weitere Rechtsfragen drittfinanzierter Verträge', *JBl.* 1987, p. 431-440.

Reinicke 1941

G. Reinicke, *Gesetzliche Pfandrechte und Hypotheken am Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung*, Stuttgart: Enke 1941.

Reinicke & Tiedtke 2009

D. Reinicke & K. Tiedtke, *Kaufrecht*, Köln: Carl Heymanns 2009.

Riedler 2012

A. Riedler, 'Eigentumsvorbehalt', in: P. Apathy, G. Iro & H. Koziol (red.), *Österreichisches Bankvertragsrecht. Band IX: Kreditsicherheiten. Teil II*, Wien: Springer 2012, p. 243-275.

Rinke 1998

M. Rinke, *Die Kausalabhängigkeit des Anwartschaftsrechts aus Eigentumsvorbehalt*, Baden-Baden: Nomos 1998.

Roes 1970

J.B.M. Roes, *Hypotheek. Een zakelijk recht* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1970.

Rongen 2012

M.H.E. Rongen, *Cessie. Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

Rongen 2014

M.H.E. Rongen, 'Beschikken over de eigendomsverwachting bij voorbehouden eigendom', in: F.M.J. Verstijlen, F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet (red.), *Groninger zekerheid (liber amicorum Wim Reehuis)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 301-315.

Rongen 2017

M.H.E. Rongen, 'Eigendom onder opschortende voorwaarde: een "schone slaapster", een vermogensrecht waarover met werking in faillissement kan worden beschikt', *Ondernemingsrecht* 2017, p. 221-225.

Roth 2008

H. Roth, 'Anmerkung zu BGH, Urteil v. 27.3.2008 – IX ZR 220/05', *KTS* 2008, p. 526-534.

Rühl 1930

H. Ruhl, *Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft*, Berlin: Springer 1930.

Rummel 2000

P. Rummel (red.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien: Manz'sche 2000.

Rummel & Lukas

P. Rummel & M. Lukas, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien: MANZ'sche.

Rutten 1947

L.E.H. Rutten, 'Schijnhandelingen. Fiduciaire rechtshandelingen. Handelingen in fraudem legis. Handelingen in fraudem creditorum', *WPNR* 1947 (4003-4006), p. 341-346, p. 349-352, p. 357-359 en p. 365-367.

Sagaert 2003

V. Sagaert, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen: Intersentia 2003.

Salomons 1993

A.F. Salomons, 'Is artikel 7:39 lid 2 BW een 'vreemde regeling'?', *WPNR* 1993 (6091), p. 310-311.

Salomons 1994

A.F. Salomons, 'Op de bres voor het fiducia-verbod. Ofwel: Meijers als kampioen der concurrent crediteuren', *NJB* 1994, p. 1261-1266.

Salomons 1995

A.F. Salomons, 'Nogmaals *sale and lease back*: in beginsel geen voordeelsafdracht door de lessor bij ontbinding van de leaseovereenkomst', *WPNR* 1995 (6204), p. 820-822.

Salomons 1996

F.R. Salomons, *Verzekering ten behoeve van een derde* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Von Savigny 1865

F.C. von Savigny, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Wien: Gerold 1865.

Van Schaick 2014

A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap* (Mon. BW A14), Deventer: Kluwer 2014.

Scheltema 1938

F.G. Scheltema, 'Het stelsel van roerend goed in het B. W. van 1838 tot heden', in: P. Scholten & E.M. Meijers, *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 393-423.

Scheltema 2003

A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Scheltema 2013

A.H. Scheltema, 'Eigendomsvoorbehoud, overdracht en verpanding van eigendom onder opschortende voorwaarden', *MvV* 2013, p. 155-164.

Scheltema 2017

A.H. Scheltema, 'Eigendomsvoorbehoud, verpandingen en voorwaardelijk eigendomsrecht', *MvV* 2017, p. 94-103.

Scheltema/Mijnssen 1978

F.H.J. Mijnssen, *Mr. M. Polak's handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht. Deel 4. Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978.

Schiemann 1973

G. Schieman, *Pendenz und Rückwirkung der Bedingung*, Köln: Böhlau 1973.

Schnorr von Carolsfeld 1939

L. Schnorr von Carolsfeld, 'Letzgus, Ernst. Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt (Buchbesprechung)', *KrVSchr* 1939, p. 174-193.

Scholten 1906

P. Scholten, 'Is wettelijke regeling van het afbetalingscontract wenxschelijk; zoo ja, welke?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging (Zes-ent-dertigste Jaargang)*, 's-Gravenhage: Belinfante 1906, p. 82-141.

Scholz 2010

S. Scholz, *Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 2010.

Schoordijk 1959

H.C.F. Schoordijk, *Het eigendomsvoorbehoud door een verkoper van roerende zaken en de eigendomsoverdracht tot zekerheid. De sociaaleconomische en de rechtskundige betekenis van beide rechtsinstituten onderling geassocieerd beschouwd*, n.g. (in het bezit van de auteur) 1959.

Schoordijk 1963

H.C.F. Schoordijk, 'De zakelijke werking van de eigendomsvoorbehoudclausule en de ontbinding ex art. 1302 B.W. bij koopcontracten van roerende lichamelijke zaken', *WPNR* 1963 (4782-4783), p. 401-403 en p. 413-417.

Schoordijk 1971

H.C.F. Schoordijk, 'De eigendomsvoorbehoudclausule en het gewijzigd ontwerp van wet (Boek 3 Nieuw B.W.)', *WPNR* 1971 (5148-5149), p. 457-463 en p. 469-473.

Schoordijk 1978

H.C.F. Schoordijk, 'Een eenvoudige zaak', *WPNR* 1978 (5440), p. 421-425.

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 1986

H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986.

Schroditsch 2008

T. Schroditsch, *Der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt im ABGB*, [s.l.]: [s.n.] 2008.

Schuijling 2016

B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Schuijling 2017

B.A. Schuijling, 'Pandrecht op voorwaardelijke eigendom: een volwaardige zekerheid?', *RMThemis* 2017, p. 18-26.

Schultsz 1955

J.C. Schultsz, *Eigendomsverkrijging bij koop van roerende goederen in het Westeupees internationaal privaatrecht* (diss. Amsterdam), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1955.

Schürmann 1932

U. Schürmann, *Eigentumsvorbehalt und Rücktritt beim Kauf (§ 455 BGB)*, Bonn: Ludwig Röhrscheid 1932.

Schürmann 1936

C.W.A. Schürmann, *De afbetalingshandel. De wetten van 23 april 1936 met inleiding, commentaar en modellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1936.

Schürnbrand 2004

J. Schürnbrand, 'Gestaltungsrechte als Verfügungsgegenstand', *AcP* 2004, p. 177-207.

Schwab 2000

M. Schwab, 'Die Auswirkungen des Freigabeklausel-Beschlusses auf den einfachen Eigentumsvorbehalt an Sachgesamtheiten', *ZIP* 2000, p. 609-614.

Schwenzer 1982

I. Schwenzer, 'Zession und sekundäre Gläubigerrechte', *AcP* 1982, p. 214-253.

Schwerdtner 1980

P. Schwerdtner, 'Anwartschaftsrechte', *Jura* 1980, p. 609-614 en p. 661-668.

Schwimann & Kodek

M. Schwimann & G.E. Kodek, *ABGB. Praxiskommentar*. Wien: LexisNexis.

Serick 1963

R. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Band I. Der einfache Eigentumsvorbehalt*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1963.

Serick 1966

R. Serick, 'Causa und Anwartschaft', *AcP* 1966, p. 129-133.

Serick 1976

R. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Band IV. Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung. Erster Teil: Verlängerungsformen und Kollisionen*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1976.

Serick 1982

R. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Band V. Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung. Zweiter Teil: Erweiterungsformen. Dritter Teil: Sonstiges*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1982.

Serick 1986

R. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Band VI. Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung. Dritter Teil: Sonstiges; Insolvenzrecht (Vergleich); Insolvenzrechtsreform*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1986.

Serick 1993

R. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Neue Rechtsentwicklungen*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 1993.

Shupack 1992

P.M. Shupack, 'Defining Purchase Money Collateral', *Idaho Law Review* 1992, p. 767-792.

Smeehuijzen 2008

J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008.

Smelt 2003

A.A.J. Smelt, 'Oneigenlijke vermenging en het individualiseringsvereiste', *AA* 2003, p. 348-354.

Smid 2008

S. Smid, 'Rechtsstellung der finanzierenden Bank im Eigentumsvorbehaltskauf', *WM* 2008, p. 2089-2094.

Smits 2009

J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Snijders 1970

W. Snijders, 'Bezitloze zekerheid op roerende zaken', in: H.C.F. Schoordijk e.a., *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 25-39.

Snijders 1980

W. Snijders, 'Botsende rechten op levering van éénzelfde goed', in: H.A.J. Baanders e.a., *Recht door zee (Liber amicorum H. Schadee)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 185-192.

Snijders 1990

W. Snijders, in: *Verslag van de vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Snijders 1993

H.J. Snijders, "Autohuurkoop. Financieringsconstructie met cessie van vordering en overdracht van in eigendom voorbehouden auto's door huurverkoper aan financier. Vraag naar geldigheid in relatie tot fiduciaverbod. Betekenis van door borg in te roepen 'voorrecht van uitwinning'. Vraag naar goede trouw van schuldeiser die borg aanspreekt in plaats van primair andere zekerheden te verzilveren", *NTBR* 1993, p. 163-166.

Snijders 1999

W. Snijders, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht', *WPNR* 1999 (6365-6367), p. 558-565, p. 583-589 en p. 601-608.

Snijders 2001

W. Snijders, *Ongerechtvaardigde verrijking en het betalingsverkeer*, Deventer: Kluwer 2001.

Snijders 2006

H.J. Snijders, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken', *NBTR* 2006, p. 223-228.

Snijders 2011

W. Snijders, 'Beschikken en rechtsovergang. Proefschrift van mr. J.H.M. van Swaaij', *MvV* 2011, p. 35-39.

Snijders 2016

H.J. Snijders, 'Bewijsvermoedens nader beschouwd, mede in het licht van de actuele discussie over vergoeding van mijnbouwschade', in: M. Faure & T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 205-220.

Snijders & Rank-Berenschot 2012

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Soergel

W. Siebert (red.), *Soergel. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer-Kommentar*, Stuttgart: Kohlhammer.

Spath 2010

J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

Spath 2012

J.B. Spath, 'Verlengd eigendomsvoorbehoud in strijd met art. 3:84 lid 3 BW', *NTBR* 2012, p. 329-334.

Spath 2014

J.B. Spath, 'Waar een wil is, is een weg', in: in: F.M.J. Verstijlen, F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet (red.), *Groninger zekerheid (liber amicorum Wim Reehuis)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 377-387.

Spielbüchler 1968

K. Spielbüchler, 'Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung', *JBl.* 1968, p. 589-598.

Spielbüchler 1981

K. Spielbüchler, 'Zur dinglichen Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers', *JBl.* 1981, p. 505-511.

Spier 1985

J. Spier, 'Fiduciaire rechtsverhoudingen, eigendomsvoorbehoud en bekrachtiging/standpunt van de bedrijfsjuristen', *KwNBW* 1985, p. 1-5.

Spiro 1975

K. Spiro, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen. Band I. Die Verjährung der Forderungen*, Bern: Stämpfli 1975.

Stadler 1996

A. Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1996.

Staudinger

C. von Bar e.a. (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: Sellier & de Gruyter.

Stein 1970

P.A. Stein, *Zekerheidsrechten. Zekerheidsoverdracht, pand en borgtocht*, Deventer: Kluwer 1970.

Steinbeck 1994

A.V. Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, Berlin: Duncker & Humblot 1994.

Steneker 2012

A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW B12a), Deventer: Kluwer 2012.

Van der Steur 2003

J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Stoll 1966

H. Stoll, 'Bemerkungen zum Eigentumsvorbehalt und zur Sicherungsübertragung', *ZHR* 1966, p. 239-252.

Stoll 1967

H. Stoll, 'Das Anwartschaftsrecht des gutgläubigen Vorbehaltskäufers', *JuS* 1967, p. 12-19.

Stolz 2015

H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Streefkerk 2013

C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW B32b), Deventer: Kluwer 2013.

Struycken 1906

A.A.H. Struycken, 'Is wettelijke regeling van het afbetalingscontract wenschelijk; zoo ja, welke?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging (Zes-ent-dertigste Jaargang)*, 's-Gravenhage: Belinfante 1906, p. 142-198.

Struycken 1996a

T.H.D. Struycken, 'De geschonden fiducia in het goederenrecht; over *form* en *substance*', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht. Bundel opstellen, aangeboden aan prof. mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 337-356.

Struycken 1996b

T.H.D. Struycken, 'Afdracht van overwaarde sinds Sogelease', *WPNR* 1996 (6215), p. 179-180.

Struycken 1996c

T.H.D. Struycken, 'Afdracht van overwaarde: art. 7A:1576t BW geconfronteerd met het Sogelease-arrest', *WPNR* 1996 (6237), p. 655-658.

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Struycken 2016

T.H.D. Struycken, 'Financiering van een koper onder eigendomsvoorbehoud', *Bb* 2016, p. 182-186.

Suijling 1934

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 2^e stuk. 1^e gedeelte*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1934.

Suijling 1940

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5^e stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940.

Suijling 1948

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. I. Algemene beginselen*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1948.

Van Swaaij 2000

J.H.M. van Swaaij, *Beschikken en rechtsovergang. De temporele dimensie van de overdracht: levering van toekomstige goederen, levering onder eigendomsvoorbehoud en levering onder voorbehoud van eigendomsherkrijging* (diss. Groningen), 's-Gravenhage: [s.n.] 2000.

Thiesing 1902

Thiesing, 'Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer?', *ArchBR* 1902, p. 240-251.

Thoss 2003

A. Thoss, 'Schadenersatzansprüche von Eigentümer und Anwartschaftsberechtigtem bei Verletzung des Vorbehaltsguts durch Dritte', *JBl.* 2003, p. 277-292.

Tiedtke 1980

K. Tiedtke, 'Die Rechte des Vorbehaltsverkäufers bei Verjährung der Kaufpreisforderung', *DB* 1980, p. 1477-1482.

Tiedtke 2000

K. Tiedtke, 'Der erweiterte Eigentumsvorbehalt', in: C.-W. Canaris & A. Heldrich (red.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band I. Bürgerliches Recht*, München: C.H. Beck 2000, p. 829-848.

Von Tuhr 1910

A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Erster Band. Allgemeine Lehren und Personenrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot 1910.

Von Tuhr 1914

A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Erste Hälfte. Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft*, Leipzig: Duncker & Humblot 1914.

Von Tuhr 1918

A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Zweite Hälfte*, Leipzig: Duncker & Humblot 1918.

Tweehuysen 2016

V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Uhlenbruck 2015

W. Uhlenbruck, H. Hirte & H. Vallender, *Insolvenzordnung*, München: Franz Vahlen 2015.

Ulmer & Schmidt 1984

P. Ulmer & H. Schmidt, 'Nachträglicher "einseitiger" Eigentumsvorbehalt', *JuS* 1984, p. 18-25.

Valk 1993

W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.

Vangerow 1863

K.A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten. Erster Band*, Marburg: Elwert 1863.

Veenhoven 1955

A. Veenhoven, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955.

Vegter 2002

J.B. Vegter, 'Over de wettelijke vormgeving van het fideïcommis de residuo en in het bijzonder over het overeenkomst van toepassing zijn van de vruchtgebruikbepalingen op dit fideïcommis', *WPNR* 2002 (6486), p. 317-322.

Veneziano 2012

A. Veneziano, 'The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group', in: J.H.M. van Erp, A.F. Salomons & B. Akkermans (red.), *The Future of European Property Law*, München: sellier 2012, p. 123-135.

Verdaas 2008

A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008.

Verhagen & Rongen 2000

H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, *Cessie* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2000.

Verheul 2014a

E.F. Verheul, 'De wedloop tussen leverancierskrediet en geldkrediet', *NTBR* 2014, p. 136-144.

Verheul 2014b

E.F. Verheul, 'Leverancierszekerheid na zaaksvorming', *WPNR* 2014 (7022), p. 521-528.

Verheul 2014c

E.F. Verheul, 'Bescherming van de huurder van een roerende zaak', in: F.M.J. Verstijlen, F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet (red.), *Groninger zekerheid (liber amicorum Wim Reehuis)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 417-429.

Verheul 2015a

E.F. Verheul, 'Eigendomsvoorbehoud, bestanddeelvorming en natrekking', *WPNR* 2015 (7053), p. 237-244.

Verheul 2015b

E.F. Verheul, 'Volledige verrekening en afdracht van overwaarde in het wetsvoorstel goederenkrediet', *MvV* 2015, p. 271-277.

Verheul & Verstijlen 2016

E.F. Verheul & F.M.J. Verstijlen, 'Eigendom van roerende zaken, met name originele wijzen van eigendomsverkrijging (titels 1 en 2). Een pleidooi voor meer continuïteit in het goederenrecht', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst*, Den Haag: Sdu 2016, p. 65-144.

Verstappen 2015

L.C.A. Verstappen, 'Maken onder tijdsbepaling en onder voorwaarde', in: M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 269-325.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator* (diss. Tilburg), [s.l.]: [s.n.] 1998.

Verstijlen 2002

F.M.J. Verstijlen, 'Oneigenlijke vermenging tussen art. 3:109/119 BW en 150 Rv', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 457-478.

Verstijlen 2006

F.M.J. Verstijlen, 'Paritas creditorum, voorrang en preferentie', *TvP* 2006, p. 1157-1236.

Verstijlen 2007

F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 2007 (6725), p. 824-829.

Verstijlen 2013

F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW B11), Deventer: Kluwer 2013.

Verstijlen 2015

F.M.J. Verstijlen, *GS Vermogensrecht*, art. 3:91-3:92 BW (losbl., online bijgewerkt tot 1 augustus 2015), Deventer: Kluwer 2015.

Verstijlen & Vriesendorp 1994

F.M.J. Verstijlen & R.D. Vriesendorp, 'Geen "zekerheidseigendom" ter verzekering van vorderingen uit geldlening naar huidig Nederlands recht', *WPNR* 1994 (6145), p. 518-520.

Van Vliet 2002

L.P.W. van Vliet, 'Constitutum possessorium door een houder en bezitter: Nationaal Grondbezit/Kamphuis', *NTBR* 2002, p. 61-65.

Van Vliet 2008

L.P.W. van Vliet, 'Eigendom als zekerheidsmiddel: moet overwaarde verrekend worden?', *NTBR* 2008, p. 327-335.

Voorduin 1841

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal. IX. Deel. Wetboek van Koophandel. II. Deel*, Utrecht: Robert Natan 1841.

Vriesendorp 1985a

R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud. Een onderzoek naar een praktische verkoperszekerheid in het huidige en komende Nederlandse recht met een slotbeschouwing van rechtshistorische aard* (diss. Groningen), Groningen: [s.n.] 1985.

Vriesendorp 1985b

R.D. Vriesendorp, 'Voorbehoud van pandrecht of voorbehoud van eigendom?', *WPNR* 1985 (5749), p. 533-536.

Vriesendorp 1993

R.D. Vriesendorp in: R.D. Vriesendorp & J.M. Barendrecht, *Zekerheid door wetenschap. Stil pandrecht en de toepassing van artikel 3:12 BW*, Deventer: Kluwer 1993.

Vriesendorp 1994

R.D. Vriesendorp, 'Eigendomsvoorbehoud en overgang van de verzekerde vordering', *WPNR* 1994 (6133), p. 293-294.

Vriesendorp 1998

R.D. Vriesendorp, 'Bodembeslag door de Ontvanger in de afkoelingsperiode (art. 63a Fw) en rechten van derden', *TvI* 1998, p. 27-32.

Vriesendorp 1999

R.D. Vriesendorp, 'Faillissement en (enkele complicaties door) oneigenlijke vermenging', *TvI* 1999, p. 3-12.

Vriesendorp 2001

R.D. Vriesendorp, 'Zeker een goed verhaal. Contouren van een nieuw preferentiestelsel', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 3-11.

Vriesendorp 2010

R.D. Vriesendorp, Inst. 2,1,40-41: een dogmatisch-historisch argument voor het fiscale bodemrecht?', *GrOM* 2010, p. 119-128.

Van Vrijberghe de Coningh 1943

A.W.J. van Vrijberghe de Coningh, *Subrogatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1943.

Wacke 2009

A. Wacke, 'Kritik an der „Unverjährbarkeit“ dinglich gesicherter Ansprüche (§ 216 Abs. 2 BGB n. F.)', in: M. Schöpfung e.a. (red.), *Von der Sache zum Recht. Festschrift für Volker Beuthien zum 75. Geburtstag*, München: Beck 2009, p. 75-96.

Walsh 2003

C. Walsh, 'Super Priority for Asset Acquisition Financing in Secured Transactions Law: Formalism or Functionalism?', in: S. Worthington (red.), *Commercial Law and Commercial Practice*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2003, p. 457-477.

Weis 1967

F. Weiss, 'Original Collateral and Proceeds: A Code Puzzle', *New York University Law Review* 1967, p. 785-822.

Weitnauer 1965

H. Weitnauer, 'Serick, Rolf: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung (Buchbesprechung)', *JZ* 1965, p. 141-142.

Wessels 1988

B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Wessels 2001

B. Wessels, 'Onzekere zekerheid', *NbBW* 2001, p. 142-146.

Wessman 1990

M.B. Wessman, 'Purchase Money Inventory Financing: The Case For Limited Cross-Collateralization', *Ohio State Law Journal* 1990, p. 1283-1348.

Westermann 1954

H. Westermann, *Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen*, Karlsruhe: C.F. Müller 1954.

Westermann 2010

H.P. Westermann, 'Sachenrecht – statisch oder dynamisch?', in: P. Gödicke e.a. (red.), *Festschrift für Jan Schapp zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, p. 507-526.

Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011

H.P. Westermann, K.-H. Gursky & D. Eickmann, *Sachenrecht*, Heidelberg: C.F. Müller 2011.

White & Summers 2012

J.J. White & R.S. Summers, *Uniform Commercial Code*, St. Paul: West 2012.

Wiarda 1937

J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht* (diss. Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937.

Wiarda 1940

J. Wiarda, *Overdracht van toekomstige rechten*, Den Haag: Belinfante 1940.

Wibier 2009

R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Mon. BW B44), Deventer: Kluwer 2009.

Wibier 2012

R.M. Wibier, 'De Hoge Raad en de reikwijdte van het fixatiebeginsel', *NTHR* 2012, p. 308-313.

Wibier 2013

R.M. Wibier, "Eigendomsvoorbehoud en de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van 'voorwaardelijke eigendom'", *MvV* 2013, p. 286-290.

Wibier 2016

R.M. Wibier, 'De verpandbaarheid van voorwaardelijke eigendom: tijd om het eigendomsvoorbehoud ten grave te dragen?', *NTHR* 2016, p. 209-215.

Wibier & Smid 2009

R.M. Wibier & C.H.M.A. Smid, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken en faillissement – beschikken over voorwaardelijke eigendom: een fictie te ver!', *WPNR* 2009 (6811), p. 724-731.

Wichers 2002

J.E. Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming. Opmerkingen bij de algemene regeling voor roerende zaken in het Burgerlijk Wetboek* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002.

Wieacker 1938

F. Wieacker, 'Der Eigentumsvorbehalt als dingliche Vorzugshaftung', *ZAkDR* 1938, p. 590-594.

Wiegand 1974

W. Wiegand, 'Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen nach §§ 932 ff. BGB', *JuS* 1974, p. 210-212.

Wiegand 1976

W. Wiegand, 'Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff', in: H. Coing & W. Wilhelm (red.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert. III. Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1976, p. 118-155.

Wiegand 1990

W. Wiegand, 'Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht', *AcP* 1990, p. 112-138.

Wiegand 2008

W. Wiegand, 'Sachenrechtsmodernisierung', in: L. Aderhold e.a. (red.), *Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, Köln: Otto Schmidt 2008, p. 731-744.

Van der Wiel & Houdijk 2016

B.T.M. van der Wiel & S. Houdijk, 'Noot bij HR 3 juni 2016 (Rabobank/Reuser)', *TvI* 2016, p. 200-204.

Wieling 1984

H.J. Wieling, 'Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes', *AcP* 1984, p. 439-464.

Wieling 2006

H.J. Wieling, *Sachenrecht*, Berlin: Springer 2006.

Wilhelm 2010

J. Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlin: Walter de Gruyter 2010.

Von Wilmowsky 1996

P. von Wilmowsky, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1996.

Windscheid 1851

B. Windscheid, *Die Wirkung der erfüllten Bedingung*, Basel: Schweighauser 1851.

Wolf 1975

M. Wolf, 'Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation', *JuS* 1975, p. 643-646 en p. 710-717.

Wolff & Raiser 1957

M. Wolff & L. Raiser, *Sachenrecht. Ein Lehrbuch*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1957.

Zevenbergen 1938

Chr. Zevenbergen, *Het afbetalingscontract*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938.

Van Zanten 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

Zunft 1957

F. Zunft, 'Die Übertragung der Eigentumsanwartschaft gemäß § 930 BGB', *NJW* 1957, p. 445-448.

Zwalve 1995

W.J. Zwalve, 'De zekerheidsrechten van het Noord-Amerikaanse recht en hun belang voor het Europese privaatrecht', *WPNR* 1995 (6185), p. 391-394.

Zwalve 2006

W.J. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Zwitser 1993

R. Zwitser, "De betekenis van 'Anwartschaftsrecht' voor de rangorde van zakelijke rechten", *WPNR* 1993 (6099), p. 524-530.

Zwitser 2000

R. Zwitser, 'Potharst/Serrée en het eeuwigdurend eigendomsvoorbehoud', *BR* 2000, p. 639-649.

Curriculum vitae

Emil Fridolin Verheul werd op 8 februari 1991 geboren te Groningen. In 2008 behaalde hij zijn VWO-diploma aan het Willem Lodewijk Gymnasium te Groningen. Aansluitend voltooide hij de bachelorstudies Nederlands recht (2011) en Duitse Taal & Cultuur (2012) aan de Rijksuniversiteit te Groningen. In 2010 studeerde hij een semester aan de Freie Universität te Berlijn. In 2014 voltooide hij de onderzoeksmaster Functionaliteit van het Recht en de master Nederlands Recht. Van 2014 tot 2017 was hij als promovendus verbonden aan de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen. Sinds 2017 is hij aldaar universitair docent.

